

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 3 - 2011

Luca Nivarra

**LA PROPRIETÀ EUROPEA TRA
CONTRORIFORMA E «RIVOLUZIONE
PASSIVA»**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DIRITTO EUROPEO

Luca Nivarra

LA PROPRIETÀ EUROPEA TRA CONTRORIFORMA E « RIVOLUZIONE PASSIVA »

Non ho alcun dubbio che se il principio che i tre angoli di un triangolo corrispondono a due angoli di un quadrato avesse contrastato con qualche diritto di proprietà o, più precisamente, con l'interesse dei proprietari, in questo caso tale dottrina, se non confutata, sarebbe stata comunque soffocata, bruciando tutti i libri di geometria, se mai gli interessati fossero stati in condizione di imporsi.

Hobbes, *Il Leviatano*

C'è una lotta di classe, è vero, ma è la mia classe, la classe ricca, che sta facendo la guerra, e la stiamo vincendo.

Buffett, *Il saggio di Omaha*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di espropriazione ed occupazione acquisitiva. - 3. La proprietà europea nelle fonti legislative. - 4. e nella giurisprudenza. - 5. La proprietà europea ed il neoliberismo - 6. Proprietà (intellettuale), impresa e concorrenza. - 7. *Segue*. - 8. Conclusioni.

1. Inutile dire che il tema oggetto della mia relazione è molto ampio: mi limiterò, pertanto, ad alcune rapide incursioni, finalizzate, in primo luogo, a documentare l'impatto del diritto europeo sulla nostra costituzione economica, e, in secondo luogo, a cogliere almeno alcune possibili linee di tendenza dell'ordinamento dell'Unione in materia di proprietà (1).

(1) Qui il sintagma « diritto europeo » sta ad indicare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), i

Una volta esaurita questa ricognizione, proverò a formulare un'ipotesi di carattere generale sul significato da assegnare al rinascimento proprietario nella fase attuale dello sviluppo capitalistico.

2. Quanto al primo dei due obiettivi indicati nel § precedente, un ottimo osservatorio è rappresentato dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale in materia di espropriazione ed occupazione acquisitiva: qui, infatti, la direttiva della funzione sociale ha sperimentato una *Konkretisierung* particolarmente perspicua, sebbene non vadano dimenticati i contributi offerti dalla Consulta anche con riguardo alla disciplina vincolistica delle locazioni, ai patti agrari, alle distanze nelle costruzioni, alle servitù di passaggio coattivo, al *jus aedificandi*, ecc. (2).

Nel corso degli anni la Corte era venuta elaborando un orientamento costante — inaugurato e, in pari tempo, riassunto dalle storiche sentenze n. 6/1966, n. 20/1967 e nn. 55-56/1968 (3) — dal quale emergeva, per un verso, il consapevole tentativo di fissare una linea di confine, quanto più netta possibile, tra conformazione e funzionalizzazione del diritto di proprietà; e, per altro verso, la individuazione di criteri di calcolo dell'indennizzo svincolati dall'esigenza di pervenire ad un soddisfacimento integrale delle ragioni proprietarie: obiettivo, quest'ultimo del tutto coerente con l'intento, chiaramente perseguito dalla Corte, di assicurare piena effettività al precetto costituzionale (4).

due Trattati dell'Unione (TUE e TFUE), nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di quella del Lussemburgo.

(2) A proposito del quale si può ricordare che, ancora per Corte cost. 23-1-1985, n. 9, Riv. giur. edil., 1985, I, 404, la concessione edilizia, non può essere considerata lo strumento mediante il quale il *jus aedificandi* viene espiantato dal diritto di proprietà ma solo una modalità di attuazione della funzione sociale immanente al diritto stesso.

(3) Corte cost. 20-1-1966 n. 6, Foro it., 1966, I, 203; Corte cost. 9-3-1967, n. 20, Giur. cost., 1967, 137; Corte cost. 29-5-1968, n. 55, ivi, 1968, 838; Corte cost. 29-5-1968, n. 56, ivi, 1968, 884.

(4) È stato di recente osservato — A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni* (Milano 2006), 105 — che questa giurispru-

Nelle prime due sentenze dianzi richiamate si statuisce che il legislatore ha il potere di assoggettare intere categorie di beni ad un regime conforme all'interesse pubblico, senza che ciò comporti in alcun modo la necessità di corrispondere un indennizzo. In particolare, nella sentenza n. 20/1967 viene bene messo in chiaro come la struttura del diritto di proprietà sia integrata da limiti riconducibili alla rilevanza del bene dal punto di vista del pubblico interesse (nel caso di specie una singola cava che il proprietario del fondo si asteneva dal coltivare), di talché il potere dell'Amministrazione di avocare « è sviluppo naturale e normale del rapporto da cui il diritto del privato trae origine » (5).

In modo ancora più netto, nella sentenza n. 55/1968, la Consulta coglie l'occasione per affermare che la rilevanza della funzione sociale è tale da scardinare il modello del diritto soggettivo assoluto: in virtù del valore della « solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi

denza si ispira all'insegnamento di Sandulli, per il quale la funzione sociale della proprietà rappresenta uno strumento fondamentale di realizzazione del *Welfare State*. Al riguardo v. anche le osservazioni di F. Salvia, *Il contributo di Aldo M. Sandulli alla ricostruzione della proprietà alla luce della Costituzione repubblicana*, Aldo M. Sandulli (1915-1984) attualità del pensiero giuridico del Maestro, a cura di Aa.Vv. (Milano 2004), 461 s. Il nesso tra una lettura funzionalistica del diritto di proprietà e lo stato sociale, inteso come peculiare modalità di regolazione dei bisogni sociali da parte dei pubblici poteri caratterizzata dalla ricerca costante di un punto di equilibrio tra la « funzione di partecipazione del singolo al sistema delle decisioni economiche e la funzione di omogeneizzazione dell'interesse individuale con l'interesse generale » è colto, con la consueta, straordinaria lucidità da L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, Riv. crit. dir. priv., 2009, 441-444.

(5) Corte cost. 9-3-1967, n. 20, cit., 139. Interessante anche quel passaggio di Corte cost. 29-5-1968, n. 56 cit. in cui si afferma che i beni immobili qualificati di bellezza naturale sono « una categoria che originariamente è di interesse pubblico, e l'amministrazione, operando nei modi prescritti dalla legge [...], non ne modifica la situazione preesistente, ma accelera la corrispondenza delle sue qualità alla prescrizione normativa ». A proposito delle fonti culturali alle quali si trova ad attingere questa giurisprudenza, è perfino superfluo rammentare che l'assunto secondo cui « funzione sociale » è lo stesso che dire ineranza dei limiti al contenuto stesso del diritto di proprietà era stata formulato da S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, II, 1303.

invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine ad essere sottoposto nel suo contenuto ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare ». Il legislatore potrà escludere la proprietà privata di intere categorie di beni ed anche autorizzare imposizioni a titolo particolare, nel qual caso — ove si incida « oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico » — occorrerà prevedere un congruo ristoro.

A proposito di quest'ultimo, la Corte ebbe modo di chiarire già con la sentenza n. 61/1957 (6) che la misura dell'indennizzo deve essere determinata in relazione all'esigenza di bilanciare interesse della collettività ed interesse del privato (un po' sulla falsariga del § 14, Abs. 3, GG) non imponendo, esso, pertanto, una riparazione integrale dei pregiudizi patiti dal titolare del diritto di proprietà ablato. A partire da quella storica pronuncia, l'assunto secondo cui l'integralità della riparazione non ha fondamento in Costituzione è entrato stabilmente nel repertorio della giurisprudenza della Consulta (7), sebbene, certamente, all'espropriato sia dovuto un serio ristoro, rispettoso delle caratteristiche essenziali del bene (8); e ciò è tanto vero che la Corte (9) si è successivamente spinta sino al punto di dichiarare legittima una norma come quella di cui all'art. 5 *bis*, d.l. n. 332/1992 (poi recepito dal vecchio art. 37, d.P.R. n. 327/2001, t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità, nel prosieguo TUEPU), « nonostante prevedesse un criterio alquanto pasticciato [...] tale da determinare in concreto un'indennità oscillante tra il trenta e il cinquanta per cento del valore venale del bene » (10). Altro principio consolidatosi in ma-

(6) Corte cost. 13-5-1957, n. 61, Foro it., 1957, I, 941.

(7) V., *ex plurimis*, Corte cost. 30-4-1999, n. 148, Rass. Avv. Stato, 2000, I, 277. Un'ampia rassegna di questa giurisprudenza in Moscarini, *Proprietà privata* cit., 129, nt. 95. La regola è penetrata anche nella giurisprudenza di legittimità: v., ad es., Cass. 29-8-2002, n. 12642, Giur. it., 2003, 781.

(8) Si v., ad es., Corte cost. 30-1-1980, n. 5, Giur. it., 1981, I, 1, 208; Corte cost. 19-7-1983, n. 223, ivi, 1984, I, 1, 620.

(9) Corte cost. 16-6-1993, n. 283, Giur. it., 1995, I, 40.

(10) C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, Riv. crit. dir. priv., 2009, 418 (ove anche una più ampia ricostruzione dei rapporti tra le giurisdizioni europee e quella nazionale). L'in-

teria era quello per cui « la fissazione dei criteri per la determinazione dell'indennizzo [...] nonché del modo e del tempo della relativa corresponsione, rientrano nella discrezionalità del legislatore, sfuggendo alla valutazione di legittimità costituzionale » (11).

A seguito della sentenza con la quale la *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso, il 29 marzo 2006, il caso Scordino (12), la nostra Corte costituzionale ha mutato l'orientamento di cui si è appena sommariamente dato conto (13). Per la Corte di Strasburgo i criteri d'indennizzo italiani contrastano con l'art. 1, I Protocollo CEDU e, in luogo di essi, viene imposto il criterio del valore venale per le espropriazioni a titolo particolare, potendosi prevedere un indennizzo inferiore al valore di mercato solo in caso di riforme economiche e sociali e di misure di giustizia sociale (14). La

dennità di espropriazione per le aree edificabili era calcolata in base alla media fra il valore venale e il reddito dominicale rivalutato *ex art.* 24 s., d.p.r. 22-12-1986 n. 917, ridotto del 40% in caso di cessione non volontaria. Criteri simili, a seguito dell'introduzione del co. 7 *bis* nell'art. 5 *bis* cit. ad opera dell'art. 3, co. 65, l. 23-12-1996, n. 662, sono stati previsti per il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva.

(11) F. Fracchia - M. Occhiena, *I beni privati e il potere pubblico*, Diritto amministrativo e Corte costituzionale, a cura di G. Della Cananea - M. Dugato (Napoli 2006), 19, ove si rinvia a Corte cost. 6-4-1993, n. 138, Foro it., 1993, I, 2124; Corte cost. 3-3-1988, n. 262, ivi, 1989, I, 983; Corte cost. 2-5-1958, n. 33, ivi, 1958, II, 681.

(12) Cedu, *Grande Chambre*, 29-3-2006, n. 36813/97, *Scordino c. Italia*, Corr. giur., 2006, 929.

(13) Corte cost. 24-10-2007, n. 348, Riv. giur. edilizia, 2008, I, 184. Il nuovo corso giurisprudenziale trova oggi un'ulteriore, significativa conferma in Corte cost., 7-6-2011, n. 181 <http://www.cortecostituzionale.it> (sulla quale si vedano le osservazioni di C. Salvi, *Diritti umani, norme interposte, rendita fondiaria*, <http://www.astrid-online.it>), la quale ribadisce il principio secondo cui la misura dell'indennizzo, in caso di esproprio, potrà dirsi ragionevole solo se commisurata al valore venale del bene.

(14) Per la verità, la sentenza ha un contenuto più ricco, anche se poi è stata oggetto di una lettura radicalmente riduzionista. In essa è dato rinvenire i seguenti principi: a) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (§ 93); b) nel controllare il rispetto di tale equilibrio, la Corte riconosce allo Stato « un ampio margine di apprezzamento », sia là dove si tratti di sce-

sentenza Scordino rappresenta, allo stato, il punto di arrivo di una serie di decisioni della Corte CEDU la quale ha ripetutamente condannato l'Italia nel presupposto che, in materia di espropriazione, il punto di equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale di proprietà sia garantito solo da un *quantum* in rapporto ragionevole col valore venale del bene (15). Una volta che « Strasburgo *locuta est* » (16), la Corte costituzionale, invocando, sulla base del nuovo testo dell'art. 117, co. 1 Cost., il parame-

gliere le modalità di attuazione del bilanciamento, sia allorché si tratti di stabilire se le conseguenze dell'adozione di queste modalità risultino giustificate dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (§ 94); c) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga « in rapporto ragionevole con il valore del bene »; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (§ 95); d) in caso di « espropriazione isolata », pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (§ 96); e) « obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo » (§ 97).

(15) Le decisioni in ordine alla compatibilità delle normative nazionali in punto di espropriazione con l'art. 1, Prot. Add. CEDU sono molto numerose: un'utile rassegna in F. A. Cancilla, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione « europea » del parametro di costituzionalità*, Riv. giur. ed., 2008, I, 187, nt. 14. Il *leading case* in materia è rappresentato da *Sporrong/Lönnroth c. Svezia* (Cedu 23-9-1982, n. 7151/75; 7152/75, Riv. dir. internazionale, 1984, 592) il quale ha inaugurato un orientamento, ormai costante, per cui l'art. 1, I Prot. add. CEDU è strutturato in tre norme: la *première*, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la *deuxième*, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la *troisième*, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. In realtà, non si tratta di tre regole equiordinate, sibbene di una regola generale e di due deroghe eccezionalmente consentite, come lascia intendere la Corte di Strasburgo stessa già là dove statuisce che la seconda e la terza regola doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première. Nello stesso senso, da ultimo, Cedu 1-4-2008, n. 10577/03, *Gigli S.r.l. c. Italia*, EsproprioLine, 2008, II, 186.

(16) Salvi, *La proprietà privata* cit.

tro della « norma interposta » (17), ha, appunto, mutato il proprio costante orientamento, integralmente allineandosi al nuovo corso europeo (18); seguita, poco dopo, da uno zelante legislatore, il quale si è affrettato a modificare — ex art. 2, co. 89, l. n. 244/2007 — gli art. 37 e 55 TUEPU, così da raggugliare l'indennità per le aree edificabili al valore venale del bene, criterio che vale oggi anche per le occupazioni acquisitive anteriori al 30 settembre 1996 (19).

(17) Trattasi, dunque, di un ben singolare fenomeno di integrazione del parametro di costituzionalità ad opera della disciplina CEDU: sul punto v. M. Villani, *La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Strasburgo, assurge a parametro di costituzionalità*, Giust. civ., 2009, 2511 e Cancilla, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali* cit., 189. È opportuno precisare che, una volta perfezionatasi, l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, la dottrina della norma interposta non avrà più ragion d'essere perché saranno i giudici ordinari a disapplicare le norme interne in contrasto con quelle della Convenzione. Già in tal senso, Cass. 8-7-1998, n. 6672, Giust. civ., 1999, I, 498; Cass. 23-12-2005, n. 28507, *Corriere Giuridico*, 2006, VI, 833, con nota di R. Conti, *Le Sezioni unite ancora sulla Legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU*, alla stregua delle quali da un asserito carattere sovraordinato della fonte CEDU viene fatta discendere la conseguenza per cui la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, fosse inefficace in ragione della maggior forza passiva della stessa fonte CEDU, e che tale inefficacia potesse essere la base giustificativa della sua non applicazione da parte del giudice ordinario.

(18) Secondo Villani, *La funzione sociale* cit., 2519, « la sentenza n. 348, a ben vedere, non costituisce un *revirement* indotto dallo *ius superveniens*, bensì una rinnovata applicazione del (mai disatteso) principio del serio ristoro, alla luce del mutato contesto politico-sociale ». Tuttavia, questa lettura rassicurante è contraddetta dalla stessa Corte per la quale « l'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale ».

(19) Subito allineata al nuovo *Zeitgeist* è la giurisprudenza relativa ad

L'invasività della fonte europea, peraltro, è rafforzata dalla circostanza che il rinvio alle norme CEDU si traduce, in realtà, in una passiva ricezione della corrispondente giurisprudenza. Il quadro, come ovvio, è destinato a farsi ancora più inquietante una volta che l'UE avrà aderito, in conformità a quanto previsto dall'art. 6, co. 2 TUE, alla CEDU, giacché, a quel momento, le disposizioni di quest'ultima, così come interpretate a Strasburgo, attingeranno direttamente rango costituzionale, incontrando, pertanto, solo i limiti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona. Orbene, posto che di tali principi la nostra Corte costituzionale, a differenza del *Bundesverfassungsgericht* (20), non ha inteso, almeno fin qui, individuare esattamente la portata creando, in tal modo le premesse per un totale svuotamento del test di compatibilità fra le norme CEDU e i cardini sui quali poggia l'ordinamento interno, è fin troppo facile profetizzare un ulteriore annacquamento della nostra « identità costituzionale » (21).

ipotesi estranee, *ratione temporis* alla previsione dell'art. 2, co. 89, l. 24-12-2007 n. 244 (applicabile solo ai procedimenti espropriativi in corso e non anche ai giudizi già pendenti) secondo la quale « una volta espunto — a seguito della declaratoria di incostituzionalità — il criterio riduttivo suddetto, torna nuovamente applicabile il criterio generale dell'indennizzo pari al valore venale del bene, fissato dalla l. 25-6-1865, n. 2359, art. 39 » (così, da ultimo, Cass. 25-11-2010, n. 23965, Urbanistica e appalti, 2011, III, 303 con nota di L. Tarantino, *La disciplina dell'indennità d'esproprio tra diritto nazionale e diritto europeo*) ossia dalla disciplina che, storicamente, individua lo zenit della sensibilità legislativa alle ragioni della proprietà.

(20) Su *BverfG*, 30-6-2009, n. 2/08 che può essere letta sul sito <http://www.astrid-online.it/>, si vedano le due diverse letture di C. Salvi, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2009, 1009 e S. Cassese, *L'Unione Europea e il guinzaglio tedesco*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1003.

(21) Sulla formula coniata dal *Bundesverfassungsgericht* v. le osservazioni di G. Ramaccioni, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in questa *Rivista*, 2010, 882-883. A proposito dei rischi di declino della nostra identità costituzionale, merita di essere richiamata l'osservazione di M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, *Pol. dir.*, 1971, 471, secondo cui proprio « l'enunciato relativo alla funzione sociale [...] è una delle poche cose originali della nostra Costituzione »: sicché

Come già anticipato, l'altro, contiguo, banco di prova della penetrazione europea nel nostro diritto costituzionale della proprietà è rappresentato dall'occupazione acquisitiva. L'istituto, di creazione pretoria (22), venne introdotto, sulla falsariga dell'accessione invertita *ex art.* 936 c.c., allo scopo di risolvere il problema posto da tutti quei casi nei quali la P.A. occupa — per fini di pubblica utilità, ma in difetto dei presupposti di legge (costruzione di un'opera pubblica non seguita da valido provvedimento espropriativo) — terreni di proprietà dei privati, provocandone un'irreversibile trasformazione, con la conseguenza che la proprietà medesima viene acquisita all'Amministrazione, spettando al privato un ristoro patrimoniale, non necessariamente corrispondente al valore venale del bene.

In prosieguo di tempo la figura in esame ha ricevuto una consacrazione legislativa (a partire dalla l. n. 458/1988) ed un avallo dalla giurisprudenza costituzionale anche con riferimento al *quantum* del risarcimento (23). Perché, allora, oggi si trova in giurisprudenza notizia di una sua abolizione? Ci riferiamo, in particolare, ad una recente pronuncia del T.A.R. Lazio (24) in cui l'istituto è dichiarato ormai incompatibile con l'ordinamento europeo e nazionale, nonché implicitamente abolito dall'art. 43 TUEPU (25) e sostituito dall'acquisizione sanante.

il tramonto della prima sembra destinato a portarsi dietro anche il tramonto della seconda.

(22) Cass. s.u. 26-3-1983, n. 1464, *Riv. giur. edilizia*, 1983, 218.

(23) V., *ex multis*, Corte cost. 23-5-1995, n. 188, *Corriere Giuridico*, 1996, 274, ove si legge che « Non è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 42 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., sollevata in quanto tale articolo — con riferimento all'acquisizione della proprietà di aree in conseguenza della costruzione su di esse di un'opera pubblica senza la previa espropriazione — prevede un diritto del proprietario al risarcimento del danno, anziché all'indennità espropriativa ».

(24) T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 2-10-2009, n. 9557 su cui v. Ramaccioni, *La proprietà privata* cit., 866 s. Per vero, lo strumento dell'occupazione acquisitiva non sembra posto *extra ordinem* da altre decisioni recenti, come, ad es. Cass. 14-5-2010, n. 11802, inedita, in cui si legge che « la figura dell'occupazione acquisitiva rientra nel novero degli atti (sic!) determinanti l'acquisto della proprietà da parte dell'ente pubblico ».

(25) L'art. 43 TUEPU è stato dichiarato incostituzionale per eccesso di

Questo *switch*, in realtà, sembra giungere giusto in tema per risparmiare all'Italia le condanne della Corte di Strasburgo (26), per la quale « l'espropriazione indiretta o occupazione acquisitiva — riconosciuta dalla legislazione (art. 43 TUEPU) e dalla giurisprudenza italiane — sarebbe incompatibile con l'art. 1 del Protocollo e la norma censurata violerebbe la regola della riparazione integrale del pregiudizio » (27). La Consulta, pur di venire incontro ai diktat europei, ricorre all'espedito di una sorta di interpretazione autentica di un suo precedente (28), quasi che il vero motivo per cui la previgente disciplina era stata salvata andasse ravvisato nella pura e semplice temporaneità del criterio di computo, sicché ora, venendo meno detto carattere, l'esito non può che essere diverso. La Corte, però, deliberatamente oblitera che la vera *ratio decidendi* di quel suo precedente risiedeva nell'adesione all'idea che, anche qui, in ragione della costante interpretazione dell'art. 42 Cost., il canone della integralità della riparazione fosse privo di qualsiasi stampella costituzionale (29). La *fictio*, del resto, è rive-

delega da Corte cost. 8-10-2010, n. 293, Notariato, 2010, 605, ma l'art. 42 *bis* TUEPU — introdotto dall'art. 34, co. 1, d.l. 6-7-2011, n. 98 conv. in l. 15-7-2011, n. 111 contempla una norma dal tenore sostanzialmente analogo, per cui « valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene » (la disposizione oggetto di censura da parte della Consulta, prevedeva più genericamente che « al proprietario vadano risarciti i danni »). Sulla sentenza in argomento v. M. Giorgio, *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, Giorn. Dir. amm., 2011, 494 e S. Mirate, *L'acquisizione sanante è incostituzionale: la Consulta censura l'eccesso di delega*, Urb. App., 2011, 56.

(26) V. tra le altre, Cedu 30-5-2000, n. 31524/96, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, Riv. trim. dir. pubb. comp., 2000, 1086; Cedu 30-5-2000, n. 24638/94 *Carbonara e Ventura c. Italia*, Foro it., 2001, IV, 235.

(27) Corte cost. 24-10-2007, n. 349, Riv. giur. ed., 2008, I, 184.

(28) Corte cost. 30-4-1999, n. 148, Rass. Avv. Stato, 2000, I, 277.

(29) Per una compiuta ricostruzione della trama argomentativa di Corte cost. 30-4-1999, n. 148, cit., Fracchia - Occhiena, *I beni privati cit.*, 21 s.

lata dall'affermazione per cui neanche una disciplina che oggi introducesse, sia pur in via temporanea, un indennizzo inferiore al valore venale, sarebbe immune da censure: « la temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato » (quindi in un bilanciamento fra l'art. 42 Cost. e l'art. 97 Cost., sorprendentemente, il primo sarebbe destinato a soccombere).

Prima di passare oltre, una indispensabile precisazione. Incorrerebbe in un grave peccato di ingenuità chi pensasse che la svolta imposta da Scordino istituisca uno spartiacque netto tra un « prima » sociale/nazionale ed un « dopo » liberista/europeo. In realtà, già da tempo la funzione sociale era entrata in un cono d'ombra, perdendo il rilievo che essa aveva rivestito in una diversa stagione della nostra giurisprudenza costituzionale e, più in generale, della storia del Paese (30). Tuttavia, per quanto il *Zeitgeist* si fosse già fatto sentire nella materia *de qua*, è altresì indubbio che « il passaggio da una proprietà basata sull'« avere » ad una proprietà basata sull'« essere » [...] appariva, nel suo divenire e nonostante tutto, un processo acquisito » (31). Oggi, viceversa, ad essere messa in discussione, come meglio si vedrà nel prosieguo del discorso, è proprio l'idea, di matrice weimariana, secondo cui la proprietà individua un « crocevia non solo di situazioni soggettive attive, ma anche

(30) Così da giustificare ampiamente il giudizio secondo cui « la formulazione costituzionale è ancora lontana dall'aver prodotto quei risultati che il legislatore costituente si aspettava »: F. Marinelli, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'« avere » all'« essere »*, I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale, a cura di M. Tamponi - E. Gabrielli (Napoli 2006), 32.

(31) Marinelli, *Funzione sociale cit.*, 10.

passive » (32), non potendosi ravvisare in essa un « diritto pre-sidiato come primario e fondamentale dalla Costituzione » (33): ovvero, sembra entrato gravemente in crisi il difficile equilibrio tra profilo egoistico e profilo dell'utilità sociale attraverso il quale il dettato costituzionale aveva dato plastica rappresentazione alle concezioni della dottrina sociale della Chiesa e dell'umanesimo marxista » (34), a tutto beneficio, si direbbe, del paradigma proprietario *d'antan*.

3. Un'analisi dei principi costituzionali europei in materia di proprietà (35) sembrerebbe impedita, a primo acchito, dall'art. 345 TFUE a mente del quale « i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri » Tuttavia, sarebbe improprio ricavare da ciò un reale agnosticismo dell'UE giacché è ben noto che questa norma — derivante dalla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, ripresa dall'art. 83 Tr. CECA (36) — era in realtà dettata dall'esigenza di consentire agli Stati, ove lo avessero ritenuto opportuno, di procedere alla nazionalizzazione delle imprese (37):

(32) Marinelli, *Funzione sociale* cit., 48.

(33) Corte cost. 17-2-1971, n. 22, Giur. it., 1971, I, 1, 642. Per una sintetica, ma efficacissima, ricostruzione del dibattito in ordine all'ascrizione del diritto di proprietà alla tipologia dei diritti fondamentali v. Mengoni, *Proprietà e libertà* cit., 437-441.

(34) Marinelli, *Funzione sociale* cit., 3-4.

(35) Per una prima, puntuale ricognizione dell'intera materia si v. R. Conti, *Proprietà e diritto comunitario*, La proprietà e i diritti reali minori, a cura di R. Conti (Milano 2009), 253 s.

(36) Il quale recitava « l'istituzione della Comunità non pregiudica in alcun modo il diritto di proprietà delle imprese soggette alle disposizioni del presente Trattato ». Il riferimento alle proprietà venne meno in quanto il TCE prima, il TFUE oggi, hanno come destinatari tanto le imprese quanto i cittadini. In tal senso anche A. Gardella, Sub Art. 295, Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea, a cura di A. Tizzano (Milano 2004), 1312, la quale osserva che « l'origine della norma evidenzia che era specificamente intesa a garantire la neutralità del diritto comunitario nei confronti delle imprese ».

(37) Sul punto, perspicuamente, D. Vignes, Sub Art. 222, Le Droit de la Communauté économique européenne: commentaire du traité et des tex-

essa, infatti, « consente l'istituzione di monopoli nazionali, ma non esime dalla sottoposizione alle norme di concorrenza i regolamenti adottati dalle imprese monopolistiche nell'ambito della propria attività » (38).

Alla spiegazione di ordine storico-politico si affianca, oggi, quella di ordine politico-culturale: così, la ratio dell'art. 345 TFUE viene rinvenuta in ciò, che « un istituto, quale quello della proprietà, assolutamente centrale (insieme al contratto) nell'esperienza giuscivistica dell'età moderna, non può essere disciplinato *ex novo* o comunque in modi unitari a livello europeo [...] in presenza di modi (alquanto) diversi di concepire l'istituto nell'ambito dei singoli paesi » (39) o affermando, non infondatamente, che « *it performs the essential rethorical function of reassuring national law makers that Europe will pay special attention to sovereign choices when harmonising those areas of private law which [...] harbour an obvious core of constitutional values* » (40).

Ad ogni modo, è fuor di dubbio che, a prescindere dalle sue motivazioni di allora e di oggi, quella solenne dichiarazione di principio non ha per nulla impedito all'Europa, nelle sue varie articolazioni istituzionali, di intervenire *in subiecta materia*. Sotto questo profilo, risulta abbastanza condivisibile l'opinione secondo cui « i valori della proprietà europea hanno ormai acquisito una tale organicità e pregnanza da configurarsi come elementi essenziali di qualsiasi ricerca che voglia comprendere cosa oggi sia la proprietà » (41), per quanto,

tes pris pour son application, Dispositions générales et finales a cura di J. Megret, vol. 15 (Bruxelles 1987), 424.

(38) Gardella, Sub Art. 29 cit., ove si richiama Corte eur. giust. 20-3-1985, C-41/83, *Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1985, I-873 su cui v. G. Napoletano, *Diritto comunitario e diritto internazionale nel caso British Telecommunications*, Riv. dir. internazionale, 1987, 261 s.

(39) M. Trimarchi, *I beni e le proprietà*, Il diritto privato dell'Unione Europea, I, a cura di A. Tizzano, Trattato di diritto privato diretto da M. Besone, XXVI (Torino 2000), 175.

(40) D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, European Law Journal, 2004, VI, 751.

(41) M. Trimarchi, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in questa

come pure è stato osservato, il vento di Bruxelles — « il vento dell'individualismo e del liberalismo » — continui a soffiare impetuoso, di talché la « faticosa evoluzione » (42) non può dirsi di certo compiuta.

L'attivismo dell'UE trae origine, in primo luogo, dal principio di sussidiarietà: infatti, « le istituzioni comunitarie sono autorizzate comunque ad intervenire e quindi legiferare quando dati obiettivi da perseguire possono essere meglio realizzati a livello europeo piuttosto che a livello nazionale » (43). Tali obiettivi, ai sensi dell'art. 3 TUE, consistono nel benessere dei popoli, nello sviluppo sostenibile, « basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale »; ma anche nella lotta all'esclusione sociale e nella promozione della coesione economica, sociale e territoriale, nonché in un commercio libero ed equo e, *last but not least*, nella tutela dei diritti umani (44). Più in generale, è evidente che, anche in considera-

zione della latitudine e della vaghezza di tali obiettivi, il loro perseguimento legittimi politiche ed interventi normativi in materia di moneta, beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporti, agricoltura, concorrenza, beni immateriali che, inevitabilmente, finiscono per investire anche la disciplina della proprietà (45): da qui la *plethora of supra-national inroads into this field* (46). Non sarebbe peregrino, dunque, chiedersi cosa concretamente resti, a questo punto, del c.d. principio di neutralità, specie a fronte di affermazioni come quelle della Corte di Giustizia per cui « le particolarità di un regime di proprietà esistente in uno Stato membro non possono [...] giustificare la persistenza di un inadempimento consistente in un pregiudizio per la libera prestazione dei servizi » (47).

Beninteso, l'interrogativo appena formulato riveste oggi una portata, in larga misura, soltanto retorica, dal momento che l'art. 6 TUE attribuisce alla CDFUE lo stesso valore giuridico dei Trattati: ciò che rende la medesima CDFUE l'unica fonte vincolante diretta in materia di diritti fondamentali, considerato che, come si è già rilevato, la CEDU non è ancora entrata a far parte, almeno formalmente, dell'ordinamento dell'Unione e che le tradizioni costituzionali comuni rilevano pur sempre solo attraverso la via mediata e indiretta dei principi generali del diritto, sull'essere e sul contenuto dei quali decide la Corte di Giustizia.

Orbene, l'art. 17 della Carta dispone che « ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e

Rivista, 2009, 1056. Non altrettanto condivisibile appare l'idea, ispirata ad una visione irenica dei rapporti che intercorrono tra l'ordinamento europeo e quelli degli Stati membri, secondo cui vi sarebbe « una stretta correlazione biunivoca tra le legislazioni e gli orientamenti giurisprudenziali europei e quelli nazionali ». Biunivocità, infatti, vorrebbe che il diritto europeo non trascurasse principi costituzionali fondamentali e radicati quali, ad es., proprio quello della funzione sociale della proprietà: ciò che, per quello che si è visto e per quello che si vedrà in seguito, non accade. Occorre dare atto all'A. di ammettere, se non altro, che « l'assunta essenziale compenetrazione del diritto europeo delle proprietà con quello interno non deve [...] indurci ad affermare l'esistenza o la ricorrenza di un'unica e unitaria disciplina dell'istituto in ambito europeo » (ivi, 1057).

(42) F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, Riv. dir. civ., 2009, I, 287.

(43) A. Gambaro, *Gli interventi della CE in tema di multiproprietà ed i limiti della legislazione*, Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti, a cura di V. Rizzo (Napoli 1997), I, 266.

(44) Quello dei diritti umani ha rappresentato un efficace canale di scorrimento degli umori europei all'interno del tronco proprietario: v., al riguardo, le pertinenti osservazioni di M. Frigo, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Riv. dir. intern. priv. process., 1998, 70 il quale coglie bene il

nesso tra le linee di policy in materia di limitazioni al diritto di proprietà e la chiara, e programmatica, volontà della Corte di Giustizia di affermare una « sua funzione di tutela dei diritti fondamentali quale parte integrante dei principi generali dell'ordinamento ».

(45) Trimarchi, *I beni e le proprietà*, cit., 164; Id., *Proprietà e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2002, 711.

(46) Caruso, *Private law cit.*

(47) Corte. eur. giust. 18-7-2007, C-503/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2007, I-6153.

contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta. ». La norma testé menzionata si inserisce perfettamente all'interno della trama individualistica e precostituzionale (nel senso del costituzionalismo del secondo dopoguerra) che caratterizza l'intera CDFUE: e, anzi, segna una vera e propria presa di distanze dalla nostra costituzione economica. Un indizio inequivoco in tal senso lo offre già la sua collocazione in seno al capitolo dedicato alle libertà: la proprietà non è più un diritto economico-sociale, ma un diritto fondamentale di libertà, al riparo dallo Stato e dai doveri di solidarietà verso i consociati, ciò che naturalmente ha un'evidente ed immediata ricaduta sulla possibilità stessa di immaginarne una funzione sociale, se è vero, com'è vero, che là dove il *dominium* viene concepito alla stregua di uno dei modi di essere della libertà, « il vincolo funzionale [...] manifesterebbe tutta la sua incompatibilità » con il diritto (48).

D'altra parte, già ad una prima, superficiale lettura l'art. 17 CDFUE e l'art. 42 Cost. rivelano almeno cinque profili di discrepanza variamente interconnessi: i) attenzione dettagliata per le facoltà del soggetto-proprietario, piuttosto che per le restrizioni che esse possono sopportare; ii) sostituzione della « causa di pubblico interesse » ai « motivi d'interesse generale »; iii) legittimità dell'espropriazione non più legata ad un indennizzo senz'altra specificazione, quanto, piuttosto, ad una « giusta indennità » da corrispondere « in tempo utile » (49);

(48) Rodotà, *Note critiche* cit., 1300. A proposito della collocazione del diritto di proprietà in seno alla Carta v. le osservazioni di M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, Riv. dir. civ., 2008, I, 192 il quale giustamente sottolinea come sia « improprio e antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà [...] i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale, e non già quelli di natura patrimoniale ».

(49) Ciò non significa che il problema di una ragionevole tempestività nella erogazione dell'indennizzo non fosse già presente anche alla nostra giurisprudenza costituzionale interna: così, proprio Corte cost. 29-5-1968, n. 55 aveva dichiarato illegittimi gli artt. 7 e 40, l. 17-8-1942 n. 1150 « nella parte in cui non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti

iv) previsione, come contenuto della proprietà, del diritto di lasciare i beni in eredità, a differenza dell'art. 42, co. 4 Cost. « che si ispira invece alla logica « novecentesca » della funzione redistributiva del diritto successorio (50); v) tutela della proprietà intellettuale.

Insomma, sia sotto il profilo sistematico, sia sotto il profilo esegetico, i due testi non potrebbero essere più distanti. Né è pensabile che un recupero dell'ispirazione sociale che permea di sé le Costituzioni postbelliche possa passare attraverso le c.d. clausole orizzontali di cui agli artt. 52 (« Portata ed interpretazione dei diritti e dei principi ») e 53 (« Livello di protezione ») CDFUE. Ai sensi dell'art. 52, co. 1 « eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui ». Orbene, non ci vuol molto ad accorgersi che già a partire dalla sua lettera la norma in esame riecheggia, piuttosto, il paradigma, schiettamente ottocentesco, del limite « esterno » al diritto o alla libertà, così come, del resto, confermato *ad abundantiam* proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di proprietà su cui ci soffermeremo più avanti. Da questo punto di vista, anche il riferimento al « contenuto essenziale » dei diritti e delle libertà, che d'acchito sembra muoversi sulla falsariga del § 19, Abs. 2 GG (« *in keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden* »), segna, al di là della omologia della formula, una profonda discontinuità con la Costituzione di Bonn, nella misura in cui, come è stato già rilevato, quest'ultima « prevede per la proprietà, nell'art. 14, non una proclama-

reali, quando le limitazioni abbiano contenuto espropriativo ». Nella medesima occasione, la Consulta, dopo aver riconosciuto alla P. A. il potere di limitare il diritto di proprietà, ritenne di censurare la circostanza che il diritto all'indennizzo sorgesse soltanto al momento della realizzazione della destinazione prevista dal P.R.G. mediante i piani particolareggiati, dal momento che per l'approvazione di questi non era previsto alcun *dies ad quem*.

(50) Salvi, *La proprietà privata e l'Europa* cit., 425.

zione di libertà, ma le formule sociali di origine weimariana » (51).

Quanto all'art. 53, esso prevede che « nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri ». A fronte di questa norma, poi, l'obiettivo di una lettura « costituzionale » dell'art. 17 CFDEUE si fa ancora più remoto, nella misura in cui essa introduce un meccanismo di sbarramento specificamente finalizzato ad inibire ermeneutiche del bilanciamento potenzialmente in grado di inserire la costellazione degli interessi protetti attraverso il riconoscimento della libertà o del diritto all'interno di un orizzonte più ampio e movimentato. D'altra parte, è sufficiente pensare ai supini *revirement* della nostra Corte costituzionale in punto di indennizzo per comprendere come il rischio di una interpretazione restrittiva del diritto di proprietà debba ritenersi puramente e semplicemente inesistente.

4. La nozione di proprietà accolta dalla CDFUE, peraltro, appare abbastanza omogenea con quella che si rispecchia nel *ius honorarium* (52) elaborato dalla Corte del Lussemburgo

(51) Ivi, 426.

(52) Almeno fino ad ora, la Corte del Lussemburgo ha ritenuto di ravvisare il fondamento del diritto di proprietà nella propria « costante giurisprudenza » oppure, più raramente, nell'art. 1, I Prot. add. CEDU. Ad ogni modo, è di certo molto significativo che in uno dei pochi casi in cui l'art. 17 CDFUE viene espressamente richiamato, se ne sottolinei, in pari tempo, la perfetta continuità con la più volte menzionata disposizione della CEDU: Corte eur. giust. 6-12-2005, C-453/03, *The Queen, su richiesta di ABNA Ltd e altri c. Secretary of State for Health*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2005, I-10423, §27. Più in generale, a partire da Corte eur. giust. 13-12-1979, C-44/79, *Hauer*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribu-

a partire dalla celebre sentenza *Nold* (53) attraverso la quale la Corte di Giustizia tentò di superare le resistenze nazionali espresse, nel caso dell'Italia, in particolare con Corte cost n. 183/1973 (cui, come noto, si deve la formulazione della teoria dei c.d. controlimiti) (54). Con tale pronuncia la Corte di Lussemburgo diventa anche giudice della proprietà — in quanto diritto fondamentale rientrante tra i principî generali del diritto — e a tale scopo vengono utilizzati, quali fonti d'ispirazione, le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed i Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui i medesimi Stati membri abbiano cooperato o aderito. Il pensiero della Corte è riassunto nella nota massima secondo cui « i diritti così garantiti [i diritti della sfera economica], lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività, oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta, fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico » (55). A scanso di equivoci, è bene chiarire che il richiamo ai diritti fondamentali come « preroga-

nale di primo grado delle Comunità europee, 1979, I-3727, la Corte del Lussemburgo ha eletto la CEDU a parametro privilegiato per il controllo del rispetto dei diritti fondamentali (v., ad es., Corte di Giustizia CE, 26-6-1997, C-368/96, *Familiapress*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1997, I-3689 e Corte eur. giust. 18-1-2007, C-229/05 P, *PKK*, ivi, 2007, I-349). Sul punto v. gli interessanti rilievi di L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale - Ordinamento - Tutela giurisdizionale - Competenze* (Milano 2010), 171.

(53) Corte eur. giust. 14-5-1974, C-4/1973, *Nold*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1974, I-481.

(54) Corte cost. 27-12-1973, n. 183, *Foro it.*, 1974, I, 314.

(55) Nella giurisprudenza successiva il riferimento all'interesse pubblico è spesso sostituito a quello ad « obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione », anche se dalla giurisprudenza più recente emergono segnali di un ritorno alle origini. Cfr. Corte eur. giust. 13-12-1979, cit., § 23; Corte eur. giust. 11-7-1989, C-265/87, *Schröder HS Kraftfutter*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1989, I-2237, § 15; Corte eur. giust. 29-4-1999, C293/97, *Standley e a.*, ivi, 1999, I-2603, § 54, nonché Corte eur. giust. 3-9-2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, ivi, 2008, I-6351, § 355.

tive non assolute » rappresenta certamente una costante della giurisprudenza della Corte di Giustizia (56); e, tuttavia, come si vedrà più avanti, la formula non può trarre in inganno circa la riproposizione, su scala europea, di un parametro di controllo dell'esercizio delle prerogative proprietarie assimilabile alla funzione sociale delle costituzioni postbelliche.

Fermo restando il precedente di *Nold*, il quale ha fissato le coordinate generali del discorso dei giudici del Lussemburgo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, specie nell'ultimo decennio, può essere ricondotta, con una inevitabile dose di arbitrio, a tre filoni fondamentali, di cui, qui, fornirò soltanto alcuni campioni particolarmente significativi: proprietà intellettuale, limitazioni tollerabili dalla proprietà privata in generale, commistione fra proprietà e libero esercizio delle attività economiche.

Rinviando ad un momento successivo il discorso sulla proprietà intellettuale (57), quanto al secondo filone, va osservato come, dalle sentenze che lo alimentano, emerge un quadro in cui i limiti alla proprietà privata trovano giustificazione in rapporto all'esigenza di salvaguardare quattro valori fondamentali: sicurezza, ambiente, salute, concorrenza. Alla prima

(56) Cfr., *ex multis*, Corte eur. giust. 5-10-1994, C-280/93, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio dell'Unione Europea*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, 850, ove si legge: « Sia il diritto di proprietà, sia la libertà di esercizio di attività professionali, facenti parte dei principi generali del diritto comunitario, non costituiscono prerogative assolute ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Di conseguenza, possono essere apportate restrizioni al godimento di tali diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercati che mira ad assicurare la salvaguardia degli obiettivi posti dall'art. 39 del trattato ed il rispetto delle obbligazioni internazionali assunte dalla comunità in virtù della convenzione di Lomè, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente a degli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti ». V. anche Corte eur. giust. 17-10-1995, C-44/94, *The Queen c. Minister of Agriculture e altri*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 1059; Corte eur. giust. 3-12-1998, C-368/96, *The Queen e altri c. Generics Ltd. e altri*, Rass. dir. farm., 1999, 521 e, più di recente, Corte eur. giust. 3-9-2008, cit., § 355 e, da ultimo, Corte eur. giust., 9-3-2010, cause riunite C-378/08 e CC-379-380/08, *Ambiente*, 2010, V, 437.

(57) V. *infra*, § 6.

di queste quattro sottoclassi sono riconducibili le pronunzie concernenti misure restrittive adottate in relazione alle politiche di contrasto del fenomeno terroristico (58). Anche se, nei casi in questione la decisione di merito è pressoché sempre determinata dalla lesione del diritto al giusto processo, la Corte di Giustizia tiene a specificare (così, paradigmaticamente, nella sentenza *Faraj Hassan*) che « le misure restrittive imposte da un atto comunitario, come ad es. il regolamento (CE) del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, [che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Taliban] rappresentano restrizioni al diritto di proprietà in linea di principio giustificabili » (§ 91).

Un precedente di questa giurisprudenza può ravvisarsi nel caso *Bosphorus* del 1996 (59). In quell'occasione si affermò che la funzione sociale della proprietà giustificava pienamente la restrizione di quest'ultima attuata mediante il sequestro ad una società turca di un aeromobile preso in *dry lease* da una compagnia jugoslava.

La seconda sottoclasse è rappresentata dalle limitazioni imposte dalla tutela dell'ambiente. Un esempio al riguardo offre la sentenza resa il 9 marzo 2010 sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal T.A.R. Sicilia (*ex art. 234 TCE*,

(58) V., *ex multis*, Corte eur. giust. 3-12-2009, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea e Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2009, I-11393; Corte eur. giust. 3-9-2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cit. Quanto alla giurisprudenza costituzionale interna, si può ricordare Corte cost. 21-3-1997, n. 68, Giur. cost., 1997, 715, ove si legge che « l'esercizio delle facoltà inerenti al diritto di proprietà trova un ragionevole limite nella prioritaria esigenza di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva ».

(59) Corte eur. giust. 30-7-1996, C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e altri*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1996, I-3953. Cfr. G. Schohe, *Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2006, 33.

oggi 267 TFUE) in ordine all'interpretazione del principio « chi inquina paga » e della dir. 2004/35, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (nel caso di specie, l'inquinamento della Rada di Augusta) (60). Nel dichiarare lecita la subordinazione dell'uso dei terreni delle ricorrenti a misure di riparazione ambientale, la Corte, però, avverte l'esigenza di premettere, a sostegno delle proprie conclusioni, che « l'inquinamento in questione nelle cause principali riveste un carattere del tutto eccezionale, sia per le sue dimensioni sia per la gravità dei danni arrecati all'ambiente » (§ 72) e, soprattutto, che le misure assunte comportano restrizioni lievi, destinate a concretarsi nella mera « sospensione di talune prerogative attinenti al diritto di proprietà » (§ 85) e legittime solo perché la « lesione arrecata al diritto di proprietà di detti operatori è limitata al loro diritto di uso dei loro terreni e rimane temporanea » (§ 90).

A proposito di tutela dell'ambiente e limiti al diritto di proprietà, non si può qui non accennare brevemente al caso dell'ecomostro di Punta Perotti, deciso, questa volta, dalla Corte di Strasburgo (61) la quale, nonostante l'impatto ambientale negativo percettibile visivamente, si spinge ad affermare che nessun rilievo può annettersi alla violazione dell'equo bilanciamento tra interesse della collettività ed interesse del singolo proprietario, là dove non sia stato rigorosamente rispettato il principio di legalità (ripetendo così la formula *Iatridis* per cui il bilanciamento « rileva unicamente a fronte di un'ingerenza legale ») (62).

La terza sottoclasse è costituita dalle limitazioni funzio-

(60) Corte eur. giust. 9-3-2010, cause riunite C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA c. Ministero dello Sviluppo economico e altri* (C-379/08) e *ENI SpA c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e altri*, sulla quale v. G. Taddei, *Responsabilità, nesso causale e giusto procedimento* (nota a Corte di Giustizia 9 marzo 2010 in C-378/08 e CC-379-380/08), *Ambiente: mensile di diritto e pratica per l'impresa*, 2010, V, 437.

(61) Cedu 20-1-2009, n. 75909/01, *Sud Fondi e altri c. Italia*, su cui v. R. Petruso, *L'Affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2010, 243 s.

(62) Cedu 25-3-1999, n. 31107/96, *Iatridis c. Grecia*, *Corriere giuridico*, 2001, 678.

nali alla tutela della salute pubblica. In quest'ambito, una particolare attenzione merita la sentenza *Agrarproduktion Staebelow* (63), relativa ad un caso in cui si trattava di abbattere — ai sensi dell'art. 13, n. 1, prima frase, lett. c), del reg. n. 99/2001 (64), in combinato disposto con l'all. VII, punto 2, lett. a) del medesimo regolamento — la coorte cui apparteneva un bovino per il quale era stata confermata la diagnosi di encefalopatia spongiforme bovina (BSE). Il reg. n. 99/2001 « raggruppa in un testo unico gran parte delle misure adottate dal 1990 dalla Comunità europea sulla base delle disposizioni di salvaguardia contenute nelle direttive relative alle misure di polizia sanitaria e dirette a proteggere la salute animale ed umana dal rischio di BSE » Occorre ricordare che il Comitato scientifico direttivo (CSD) — nel parere del 15 settembre 2000, sull'eliminazione dei bovini per motivi di BSE — concluse che « l'abbattimento dell'intera mandria sta già facendo effetto per quanto riguarda l'eliminazione di casi altrimenti non individuati e in termini di prevenzione [...] praticamente lo stesso effetto potrebbe essere raggiunto abbattendo [...] la coorte di nascita. Il CSD raccomanda l'uccisione almeno della coorte di nascita ogniquale si manifesti un caso indigeno di BSE, indipendentemente dalla situazione epidemiologica complessiva » (*considerando* 7 del reg. n. 1326/2001). Tutto ciò considerato, il Presidente del distretto rurale di *Bad Doberan*, accertato un caso di BSE, ordinò l'abbattimento dell'intera coorte e, a seguito del rigetto dell'istanza cautelare, i bovini furono effettivamente eliminati.

Orbene, ad avviso della Corte di Giustizia, che era stata investita della questione *ex art.* 234 TCE (oggi 267 TFUE), in linea generale la tutela della sanità pubblica incontra il limite del diritto di proprietà, ma nel caso di specie le restrizioni imposte alla *Staebelow* dovevano ritenersi giustificate e tollerabili, in considerazione della segnalata gravità della situazione,

(63) Corte eur. giust. 12-1-2006, C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2006, I-679.

(64) « Disposizioni per la prevenzione, il controllo e l'eradicazione di alcune encefalopatie spongiformi trasmissibili ».

tanto più che l'art. 13, n. 1, lett. c), reg. n. 99/2001 prevede un indennizzo immediato a beneficio dei proprietari degli animali eliminati (65).

Infine, come si è già anticipato, limiti al diritto di proprietà discendono dalla necessità di salvaguardare e promuovere la concorrenza (66). Paradigmatica, al riguardo, è la sentenza *Van den Bergh Foods* del 2003 (67), a mente della quale poiché « l'art. 3, n. 1, lett. g) CE prevede che, per raggiungere gli scopi della Comunità, l'azione di questa comporta un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno e poiché di conseguenza l'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (divenuti artt. 81 CE e 82 CE [ed oggi 101 e 102 TFUE]) costituisce uno degli aspetti dell'interesse pubblico comunitario, possono essere apportate restrizioni, in applicazione di questi articoli, all'uso del diritto di proprietà, a condizione che non siano sproporzionate e non pregiudichino la sostanza stessa di tale diritto » (§ 170) (68). Il *dictum* è importante, intanto perché mette in luce l'ormai consacrato passaggio dall'interesse generale all'interesse pubblico europeo;

(65) Si veda, invece, Corte eur. giust. 10-7-2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2003, I-07411 su cui cfr. S. Pajno, *Bilanciamento e costituzione europea in una decisione della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2004, 1217 ove la Corte, pur trattandosi della distruzione di scorte di pesci affetti da setticemia emorragica virale (SEV) e dall'anemia infettiva del salmone (AIS), ha sostenuto che, non potendo i pesci medesimi configurarsi alla stregua di beni oggetto del diritto di proprietà, la loro eliminazione non avrebbe implicato la corresponsione di alcun indennizzo.

(66) Su cui, però, tornerò più ampiamente *infra*, § 6.

(67) Tribunale di primo grado 23-10-2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2003, II-04653.

(68) Dal che consegue, prosegue la Corte, che « a un produttore di gelati destinati al consumo immediato che si trovi in situazione di posizione dominante può essere vietato accompagnare la messa a disposizione di frigoriferi ai dettaglianti da una clausola di esclusiva che vieti a questi ultimi di utilizzare i detti frigoriferi per conservarvi prodotti di altri fabbricanti » (§ 171).

ma, soprattutto, perché esso lascia chiaramente intendere come al centro di quest'ultimo si collochi la tutela della concorrenza, *sub specie* della repressione delle pratiche anticoncorrenziali, al punto tale che in suo nome potrà legittimamente sacrificarsi perfino il fondamentale diritto di proprietà.

Sia pure in modo meno lineare, anche una decisione come, ad es., quella del 2005 sul caso *Alessandrini* (69), relativa al « diritto di proprietà su quote di mercato », si inserisce all'interno del medesimo filone. Qui la recessività del *dominium* discende, almeno *prima facie*, non dal sacrificio imposto dalla collisione con altro ordine di valori reputati di rango superiore, ma da una impossibilità di tipo tecnico, in ragione della quale la quota di mercato, per sua natura, non potrebbe mai costituire oggetto di un diritto di proprietà. Tuttavia, a ben vedere, la *ratio decidendi* riassunta nella massima secondo cui « nessun operatore economico può rivendicare un diritto di proprietà su una quota di mercato da esso detenuta in un momento precedente l'istituzione di un'organizzazione comune dei mercati, dato che tale quota di mercato costituiva soltanto una posizione economica temporanea, esposta all'alea di un mutamento di circostanze » (§ 88), esprime chiaramente la volontà di scongiurare in radice l'eventualità di un uso in chiave anticoncorrenziale del paradigma dominicale. Anzi, un chiaro indice degli intendimenti che animano la Corte può ravvisarsi nell'accoglimento, da parte della Corte di Giustizia, della « nozione ampia di *Property*, già appartenente al *Common Law*, che fa rientrare, nella garanzia proprietaria, tutti i diritti anche di natura personale, nascenti dall'esercizio di attività economica » (70): infatti, quanto più ampia è la nozione di dominio evocata, tanto più estesa ed efficace risulterà la copertura garantita al valore supremo della concorrenza.

5. « Il paradosso storico è che, in un certo senso, oggi siamo più vicini ai problemi esaminati nella prima metà del

(69) Corte eur. giust. 30-6-2005, C-295/03 P, *Alessandrini S.r.l. e altri c. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2006, I-05673.

(70) Moscarini, *Proprietà privata* cit., 264-265.

XIX secolo che non a quelli ereditati dal XX secolo. Come intorno al 1840, siamo di fronte ad un capitalismo cinico, certo di essere l'unica possibile modalità di organizzazione sensata della società » (71).

In effetti, alla luce di quello che si è visto sin qui, questo giudizio appare difficilmente controvertibile. Del resto, ancora di recente, nella sentenza *FIAMM* del 2008, la Grande Sezione della Corte di Giustizia CE ha confezionato un vero e proprio breviario del pensiero politico e giuridico protoliberal affermando, senza esitazioni di sorta, che « poiché l'art. 288, secondo comma CE [oggi 340 TFUE, sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione] tende a salvaguardare il principio fondamentale dello Stato di diritto, a tutela dei singoli e segnatamente dei loro diritti di proprietà e di iniziativa economica, in considerazione dell'orientamento liberale dell'ordinamento giuridico comunitario, esso dovrebbe essere interpretato in modo da favorire i principi più liberali che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati membri » (72). Quindi: lo Stato di diritto è tale in funzione della tutela della proprietà e dell'impresa: e poiché lo Stato di diritto rappresenta il contenuto politico-giuridico degli ordinamenti degli Stati membri, i quali, però, sembra di capire, ospitano anche norme e principi spuri, mentre l'ordinamento comunitario esprime un orientamento genuinamente liberale (verrebbe da dire, se l'espressione non avesse un'eco troppo macabra, *sozialfrei*), l'interpre-

(71) A. Badiou, *L'idea di comunismo: possiamo, quindi dobbiamo*, Alfabeta2, 2011, n. 8, 28. Anche secondo S. Rodotà, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 della Costituzione*, La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali a cura di M. Comporti (Milano 2005), 159 « l'art. 17, letto in sé [...] è quasi una restaurazione, una sorta di orologio costituzionale messo indietro di quasi un secolo » sebbene, poi, l'illustre Autore formuli sulla Carta nel suo insieme un giudizio assai più articolato e speranzoso di positivi, futuri sviluppi.

(72) Corte eur. giust. Grande Sezione, 9-10-2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 2008, I-06513, § 159.

tazione dei Trattati e del diritto derivato deve avere di mira l'integrale valorizzazione dell'impronta liberale di questi ultimi, così da raggiungere l'obiettivo della *Einschaltung* anche dei singoli ordinamenti nazionali.

Difficile essere più chiari di così. La sentenza *FIAMM* però, è soltanto la brillante epitome di una giurisprudenza tutta pervasa da un autentico delirio di purezza liberista. Si pensi al caso *Schröder* (73), in cui il diritto di proprietà viene invocato per porre un argine ad una tassazione ritenuta troppo elevata, in piena sintonia con quegli argomenti, di matrice ideologica facilmente riconoscibile, per cui il prelievo tributario è una forma di esproprio senza neppure la garanzia di cui è corredato quest'ultimo.

Ma si pensi anche alle tre « celebri » sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert* le quali sono sin troppo chiare nell'affermare « la prevalenza delle libertà economiche sui diritti sociali e del lavoro garantiti dagli ordinamenti nazionali, in base a principi che hanno riportato alla memoria la giurisprudenza della Corte suprema americana della "Lochner era" » (74). Così, nel caso *Viking*, l'azione collettiva di un'organizzazione sindacale volta ad ottenere che un'impresa firmasse un contratto collettivo con determinati contenuti è stata equiparata ad una restrizione alla libertà di stabilimento (75); nel caso *Laval* si è affermato che è consentito ad uno Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vanno al di là delle norme imperative di protezione minima ex art. 3, dir. 1996/71 (76); mentre, infine, nel caso *Rüf-*

(73) Corte eur. giust. 11-7-1989, C-265/87 cit.

(74) Ramaccioni, *La proprietà privata* cit., 885.

(75) Corte eur. giust. Grande Sezione, 11-12-2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2007, I-10779.

(76) Corte eur. giust. Grande sezione, 18-12-2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2007, I-11767. Su questo caso v. le considerazioni di

fert si legge che « uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della direttiva 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri, una tariffa salariale prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione e non dichiarata di applicazione generale che, per mezzo di un provvedimento legislativo, imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti pubblici di lavori esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista da tale contratto collettivo » (77).

Insomma, mi sembrerebbe veramente problematico negare che il modello di proprietà quale emerge, sia dai testi normativi, sia dalla giurisprudenza delle due corti, di Strasburgo e del Lussemburgo, presenti tratti protocapitalistici. Anche la massima tralatizia secondo cui « possono essere apportate restrizioni all'uso del diritto di proprietà [...] a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti » (78), documenta, proprio attraverso il richiamo alla

G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, 2011, 421-424.

(77) Corte eur. giust. 3-4-2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2008, I-01989 su cui, fra gli altri, v. B. Mestre, *The ECJ strikes down (again) decentralised collective bargaining in the context of posted workers*, European Law Reporter, 2008, 226). Evidentemente, molta acqua è passata sotto i ponti da quando, come nel caso *Testa* (Corte eur. giust. 19-6-1980, cause riunite C-41/79, C-121/79 e C-796/79, *Testa*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1980, I-1979), la Corte del Lussemburgo lasciava intendere che il diritto ad una prestazione sociale, in quanto, almeno in linea teorica, riconducibile al diritto di proprietà, potesse aspirare ad una tutela altrettanto intensa.

(78) Così, *ex plurimis*, Corte eur. giust. 12-7-2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health e Nutrilink Ltd contro Secretary of State for Health e The Queen, ex parte National*

intangibilità del *Wesengehalt*, il definitivo ed irreversibile superamento dell'idea che il nucleo delle attribuzioni dominicali possa essere interferito da un limite interno: ciò che, in pari tempo, segna il tramonto della « funzione sociale » di matrice costituzionale (79).

Vi è un'evidente continuità tra questo esito e tutto quello che ha costituito oggetto dell'analisi sin qui svolta. Il ripristino del criterio del valore venale del bene ai fini della determinazione della misura dell'indennizzo distruttura, infatti, il dispositivo giuridico attraverso il quale, più efficacemente, si era tradotta, in diritto vivente, la (timida) promessa di « comune » implicita, appunto, nella formula della funzione sociale (80). Come si è visto, però, la neutralizzazione di quel dispositivo è soltanto uno dei segmenti in cui si articola una strategia orientata, per un verso, alla perentoria riaffermazione dell'ordine dei valori « più liberali », riassunto nella trimurti « Stato di diritto — proprietà privata — libertà di iniziativa economica », e, per altro verso, alla parallela ripulitura degli ordinamenti nazionali dalle scorie sociali depositate dalla precedente stagione costituzionale (veramente emblematica, al riguardo, la sentenza *FIAMM*). D'altra parte, sia sotto il profilo storico, sia sotto il profilo culturale, funzione sociale della proprietà e *Welfare* (o, se si preferisce, ispirazione comunitaria della costituzione economica) sono indissolubilmente legati a partire da

Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health e National Assembly for Wales, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2005, I-06451.

(79) Come rileva Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1297 « la funzione sociale [...] è ritrovabile soltanto all'interno della proprietà, ponendosi come una componente della sua struttura ».

(80) Del resto, se, come è stato osservato, « la previsione di un indennizzo in caso di espropriazione e la sua commisurazione attesterebbero proprio l'esistenza di un contenuto minimo del diritto di proprietà costituzionalmente tutelato » (T. Pasquino, *Il « contenuto minimo » del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, I rapporti patrimoniali cit., 38), la riattualizzazione del criterio del valore venale del bene denota una conformazione delle prerogative dominicali in cui non può che esservi sempre meno spazio per la ingombrante presenza della funzione sociale.

Weimar (81): di talché, *simul stabunt simul cadent* (qui, invece, il paradigma lo incarna la sentenza *Schröder*, nella misura in cui la fiscalità generale rappresenta tuttora il principale canale di finanziamento delle prestazioni sociali). Infine, anche gli obiettivi di interesse generale in relazione ai quali sono state considerate legittime misure restrittive del *dominium* riecheggiano i limiti esterni della proprietà precostituzionale: si tratti della sicurezza (nel senso, per così dire, dell'ordine pubblico), dell'ambiente o della salute. Un ragionamento a parte merita la collisione proprietà/concorrenza, sulla quale mi intratterò a partire dal prossimo §.

6. Fin qui, dunque, la restaurazione della proprietà, e non solo. Perché, lo si è visto, il ripescaggio della intangibilità del dominio ha funzionato anche come testa d'ariete contro l'impalcatura « sociale » delle costituzioni nazionali e, parallelamente, quale veicolo di energica riaffermazione, secondo la dottrina *FIAMM*, dei « valori più liberali » (ossia, la trimurti Stato di diritto, libertà di iniziativa economica e, appunto, proprietà). Da questo angolo visuale, quella attuata dall'Europa e, in particolare, dalle sue grandi corti, sarebbe una vera e pro-

(81) Art. 151. III. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. Incidenter tantum, vorrei osservare che, proprio dalla (ri)lettura di uno dei documenti simbolo del '900 giuridico e politico emerge chiaramente che il richiamo al valore della dignità assume un significato diverso là dove esso si inserisca all'interno di costruito normativo ispirato alla triade « Stato sociale — funzione sociale della proprietà — libertà di iniziativa economica assoggettata a programmi o, quantomeno, a controlli —, oppure, come accade oggi, con la « dignità » della CFDEU, all'interno di un sistema dominato dalla triade *FIAMM* « Stato di diritto — proprietà privata — libertà di iniziativa economica ». Insomma, a meno di non volerne accogliere una nozione metafisica, di per sé priva di qualsiasi contenuto cognitivamente rilevante, ovvero riempita di contenuti scelti *ad libitum* dall'interprete, una cosa è la dignità che da Weimar discende per i rami sino alle Costituzioni del secondo dopoguerra ed oltre, altra cosa è la dignità versione Nizza/Strasburgo: e la radicale discontinuità prodottasi nella declinazione di questo valore fondamentale, per ragioni certamente non banali e, come sempre, esterne all'ordine giuridico, non può essere occultata, né si può chiedere alla dignità « liberale » di svolgere i medesimi compiti assolti dalla dignità « solidale ».

pria controriforma (82). Tuttavia, la vicenda di cui mi sto occupando presenta un profilo ulteriore, di grande interesse, la considerazione del quale può indurre alla formulazione di un giudizio più articolato, pur nel permanere dell'impronta globalmente restauratrice della fase storica in atto.

Indicazioni davvero illuminanti provengono, in questo senso dal territorio della proprietà intellettuale la quale, come si rammenterà, è tutelata ai sensi dell'art. 17, co. 2 CDFUE. Indipendentemente, però, dalla solenne proclamazione contenuta nella Carta, la Corte di Giustizia ha mostrato di prendere sempre molto sul serio il rango dominicale della proprietà intellettuale: ed una testimonianza eloquente al riguardo offre la sentenza *Laserdisken* del 2006 (83). Oggetto di censura, nel caso di specie era l'art. 4, co. 2 dir. 2001/29 in materia di armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, a mente del quale « il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne il caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà di detto oggetto sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso ». Secondo la *Laserdisken* (una società commerciale che, in particolare, vende copie di opere cinematografiche ad acquirenti individuali nei suoi punti vendita in Danimarca) la disposizione in esame, tra l'altro, avrebbe avuto « l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del loro diritto di ricevere informazioni, in violazione dell'art. 10 CEDU » (84). Ad avviso della Corte,

(82) E non una controrivoluzione perché, come osserva giustamente N. Coutinho, *L'epoca neoliberale: rivoluzione passiva o controriforma?*, www.gramscitalia.it, 4 s., essa, in realtà, si è indirizzata contro il compromesso socialdemocratico il quale, a sua volta, era stato, appunto, una riforma o, gramscianamente parlando, una rivoluzione passiva.

(83) Corte eur. giust. 12-9-2006, C-479/04, *Laserdisken ApS contro Kulturministeriet*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2006, I-08089.

(84) Questo il testo dell'art. 10 CEDU, intitolato « Libertà di espressione. 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, ci-

pur essendo indiscutibile che « la libertà di espressione, sancita dall'art. 10 CEDU, costituisce un diritto fondamentale di cui il giudice comunitario garantisce il rispetto » (§ 62), tuttavia, « risulta dal n. 2 dell'art. 10 CEDU che le libertà garantite dal n. 1 del detto articolo possono essere soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito » (§ 64). Orbene, conclude la Corte sul punto, « nella fattispecie, l'asserita limitazione della libertà di ricevere informazioni è giustificata con riferimento alla necessità di proteggere i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore, che fanno parte del diritto di proprietà » (§ 65).

L'insegnamento di *Laserdisken* è inequivoco: il diritto di proprietà (comprensivo della proprietà intellettuale) occupa, nella *Rangordnung* europea, una posizione che gli consente non soltanto di essere posto sullo stesso piano della libertà di espressione, ma addirittura di prevalere su quest'ultima. Vero è che il co. 2 dell'art. 10 contempla espressamente l'eventualità che il veicolo della limitazione sia l'esigenza di proteggere un altro diritto; ed è altrettanto vero che l'esclusiva sulla distribuzione dell'opera o le sue copie individua una prerogativa essenziale della tutela patrimoniale d'autore. E, tuttavia, il richiamo al diritto di proprietà, nell'economia del ragionamento sviluppato dalla Corte, ha un valore dirimente, quasi che un bilanciamento ad esito invertito (ossia, favorevole alla libertà di espressione) fosse da escludersi di tutto principio (85).

nematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario ».

(85) Nella letteratura nordamericana i rischi che una tutela ipertro-

Un altro caso molto emblematico della deriva proprietaria della proprietà intellettuale è rappresentato dalla nota vicenda della condanna riportata dall'Italia a seguito del ricorso proposto dalla Commissione contro l'esenzione dall'obbligo di remunerazione previsto dall'art. 5, nn. 1 e 2, della dir. 92/100 (concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore), esenzione accordata, ex art. 69, co. 1 l. n. 633/1941, a tutte le istituzioni deputate al prestito pubblico, là dove la disposizione comunitaria la consentiva soltanto entro limiti ben definiti (86).

Il punto è che la proprietà intellettuale, ed il diritto d'autore in particolare, fungono da moltiplicatore dell'attitudine *naturaliter* escludente/acquisitiva di tutte le forme giuridiche ad impianto dominicale. E, del resto, la già menzionata dir. 01/29/CE la quale rappresenta senz'altro l'intervento europeo più significativo in materia di *copyright*, ha introdotto il principio secondo cui « le eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti » (*considerando* 44, art. 5, co. 5, art. 11, co. 1 lett. b). A fronte di questo, però, il legislatore comunitario ha preteso che le eccezioni e limitazioni all'esclusiva (quelle che una volta si chiamavano libere utilizzazioni: anche il mutamento di termi-

fica della proprietà intellettuale comportano per la stessa democrazia sono particolarmente avvertiti, almeno dai giuristi meno *mainstream*: v., veramente *ex multis*, Y. Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, <http://www.law.duke.edu/journals/66LCPBenkler>.

(86) Corte eur. giust. 26-10-2006, C-198/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado, 2006, I-107. Su di essa v., tra gli altri, A. Saraceno, *Biblioteche pubbliche, nuove tecnologie e diritto d'autore*, Giur. it., 2007, 2495, V. Franceschelli, *Diritto comunitario, diritto d'autore e biblioteche a pagamento: grazie al diritto comunitario le nostre biblioteche si trasformano in esattori*, Riv. dir. ind., 2007, I, 65. Il precedente in termini è Corte eur. giust. 16-10-2003, C-433/02, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado, 2003, I-12191, annotata da S. Zanni, Giur. it., 2004, 1438.

nologia è molto indicativo) fossero individuate tassativamente (*considerando* 32, art. 5, art. 6). Il regime delle limitazioni è, dunque, due volte restrittivo: infatti, esso, sul piano delle previsioni, si ispira ad un regime di stretta legalità e, sul piano applicativo, incontra l'ostacolo di una regola di chiusura strutturata alla maniera di una clausola generale.

V'è di più. Mi è già capitato di osservare che « l'esclusiva d'autore sempre più va somigliando al diritto di proprietà: come nel caso di quest'ultimo, anche qui il significato della formula tende ad esaurirsi nel suo essere una pura e semplice sintesi delle prerogative attribuite ad un soggetto sulla base di titoli di volta in volta selezionati dal legislatore. E, d'altra parte, se la *reductio ad unum* delle forme giuridiche dell'appartenenza delle *res corporales* ha rappresentato uno dei momenti chiave nella costruzione del diritto moderno, funzionale al progetto di governo di una società e di un'economia fondate sull'astrazione (dei soggetti e delle merci), il progressivo emanciparsi dell'esclusiva d'autore dai suoi presupposti tradizionali (l'opera dell'ingegno) segna il passaggio ad una società e ad un'economia caratterizzate dalla incontenibile spinta alla valorizzazione mercantile di contenuti *lato sensu* informativi, riproducibili e diffondibili ormai senza più limiti fisici o tecnologici di sorta » (87).

Anche nel caso dell'ipertrofia orizzontale del diritto d'autore — ossia, del ricorso al dispositivo dell'esclusiva in funzione della tutela di beni ed interessi sempre più distanti dal contenuto originario (l'opera dell'ingegno) del *copyright* — trova, dunque, implacabile conferma la legge della conversione della quantità in qualità: infatti, l'esclusiva medesima è ormai solo una pura forma potenzialmente idonea a catturare valore « immateriale » ovunque esso si trovi. E se dal punto di vista della forma giuridica assunta, sempre più l'esclusiva si avvicina al diritto di proprietà, essa, però, risulta, come si è visto, perfino più insofferente di quest'ultimo a limiti e bilancia-

menti, se non nella misura consentita da una rigida griglia governata direttamente dal legislatore comunitario (88).

Il quadro si fa, viceversa, molto più mosso quando l'esclusiva, a causa della sua struttura monopolistica, entri in rotta di collisione con la concorrenza. Nella fase attuale dello sviluppo capitalistico uno scenario di questo genere è tutt'altro che infrequente, per almeno tre ragioni fondamentali: la prima, rappresentata dalla irresistibile tendenza di entità immateriali come le informazioni (grezze o formattate in banche dati o sistemi operativi di maggiore o minore complessità) a convertirsi in beni immateriali; la seconda, intuitivamente collegata alla prima, riconducibile, come si è visto, ad un uso della tecnica dell'esclusiva ben al di là dei confini tradizionali del diritto d'autore; la terza, rivelatrice di una contraddizione tipica della fase attuale del processo capitalistico, che risiede nell'enorme potere ostruttivo (una vera e propria barriera all'ingresso) consegnato a chi, su questi beni, eserciti il controllo assicurato dall'esclusiva (89).

La giurisprudenza comunitaria ha registrato fedelmente queste tensioni in una serie di pronunce che dal caso *Magill*

(88) A. Ottolia, *The Public Interest and the Intellectual Property Models* (Torino 2010), spec. 123-165 il quale, con particolare riguardo all'esperienza europea, documenta diffusamente la estrema difficoltà di individuare un soddisfacente punto di equilibrio tra le ragioni della tutela della proprietà intellettuale e quelle della tutela dei diritti fondamentali.

(89) Per la verità, nel *leading case Magill* (Corte eur. giust. 6-4-1995, C-241/91, AIDA 1995, 1996) è abbastanza dubbio che l'*asset* (le informazioni relative ai programmi radiotelevisivi in possesso di tre distinte emittenti) necessario allo sviluppo del prodotto nuovo (una guida unica in grado di coprire l'intera programmazione) integrasse gli estremi di una privativa. Ai fini del mio discorso questa circostanza, da un lato, è irrilevante perché comunque la dottrina *Magill* delle « tre condizioni » ha finito per influenzare tutta la giurisprudenza successiva in materia; dall'altro lato, se anche la proprietà compressa da *Magill* fosse una proprietà materiale (e non intellettuale), il ragionamento che sviluppo nel testo ne uscirebbe ulteriormente rafforzato. Premesso che la letteratura specialistica sul tema delle tensioni tra *property right* ed *antitrust* portate alla luce da *Magill* e dalle altre decisioni che compongono questa giurisprudenza ha assunto proporzioni sterminate, per un primo orientamento rinvio a L. Nivarra, *Il diritto d'autore*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, III (Milano 2007), spec. 500 s.

(87) L. Nivarra, *I « diritti esclusivi di trasmissione di eventi »*, AIDA 2008, 2009, 44-45.

sino al caso *Microsoft* (90) hanno provato ad individuare, pur nella varietà delle soluzioni in concreto adottate, un punto di equilibrio del potenziale antagonismo di *property right* e tutela della concorrenza riassunto nella formula delle « tre condizioni », per cui il rifiuto di ammettere un terzo alla condivisione dell'*asset* dovrà considerarsi illegittimo allorché esso *a*) ostacoli l'emergere di un prodotto nuovo per il quale sussista una domanda potenziale da parte del consumatore; *b*) risulti oggettivamente ingiustificato; *c*) rappresenti lo strumento attraverso il quale il titolare dell'*asset* finisce per riservarsi il controllo monopolistico sul mercato derivato, così inibendo l'insorgere di qualunque tipo di concorrenza: ricorrendo tutte e tre queste condizioni, il titolare della risorsa sarà tenuto ad autorizzare l'uso di quest'ultima da parte del terzo che ne faccia richiesta. Come ho già detto, il tema ha suscitato una grande attenzione tra gli specialisti: tuttavia, mi pare abbastanza chiaro che qui, a prescindere dai profili di più stretto interesse tecnico, la proprietà, di cui fino ad ora avevamo potuto apprezzare la ritrovata, ottocentesca durezza, si rivela imprevedibilmente cedevole, sino al punto da imporre al titolare del diritto l'obbligo di licenziare (così nell'idioletto degli industrialisti) un uso del bene strumentale alla creazione di un prodotto e di un mercato nuovi.

Dunque, la tutela e la promozione di un assetto concorrenziale in grado di soddisfare la domanda (sia pure potenziale) dei consumatori costituiscono titolo idoneo all'adozione

(90) Tribunale di primo grado CE, Grande sezione, 17-9-2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 2007, II-03601. D'altra parte, come è stato giustamente osservato (G. Contaldi, *Le fonti*, AIDA 2007, 2008, spec. 9 s.), il diritto comunitario ha conosciuto una prima fase (1964-1981) nella quale i diritti di proprietà intellettuale, salvi i limiti di cui all'art. 30 Tr. (oggi art. 36 TFUE), sono considerati con sospetto in quanto potenziali ostacoli alla libera circolazione delle merci (dove la regola dell'esaurimento comunitario); ed una seconda fase (1981 in poi) nella quale, viceversa, dei diritti di proprietà intellettuale vengono progressivamente scoperte le virtù proconcorrenziali. Da qui le politiche iperprotezionistiche sviluppatesi negli ultimi anni (anche per l'influenza esercitata dall'Accordo *TRIPS*) che sono, poi, all'origine delle tensioni di cui si fa menzione nel testo.

di misure giudiziali (con buona pace del principio di legalità) fortemente limitative dell'esclusiva (un vero e proprio obbligo a contrarre, con buona pace della *Wesensgehaltsgarantie*). Vero è che questa medesima storia, raccontata dal punto di vista del diritto antitrust non presenterebbe, in linea generale, nulla di anomalo, se non, appunto, per il fatto che, nel caso di specie, l'applicazione di uno strumento (l'esclusiva) pensato come *naturaliter* procompetitivo, in concreto, viceversa, produce effetti distorsivi della concorrenza: però, come si dice, *noblesse oblige*, e se la proprietà intellettuale è solennemente assimilata alla proprietà *en général* (art. 17, co. 2 CDFUE), e se in virtù di questa assimilazione, essa può prevalere, di tutto principio, perfino sulla libertà di espressione (caso *Laserdisken*), allora non si può ridurre la tensione tra privativa e concorrenza ad un episodio (per quanto significativo) di antagonismo tutto interno alla logica ed alla disciplina antimonopolistica, ma bisogna ammettere che qui vi è un residuo corrispondente al processo in atto di risacralizzazione della proprietà il quale, però, si arresta, ed anzi retrocede, allorché le ragioni della tutela di quest'ultima collidano con le ragioni della tutela della concorrenza.

Insomma: la proprietà europea è un vero giano bifronte. Torna utile allorché si tratti di restaurare, anche simbolicamente, l'ordine giuridico — politico borghese; o, ancora, quando l'obiettivo, molto più concreto e pragmatico, sia quello di reintegrare la pienezza della rendita fondiaria; o, ancora, di portare il suo granello di sabbia allo smantellamento del compromesso socialdemocratico. Poi, però, tutto questo non basta a salvarla allorché sull'altro piatto della bilancia si trovino i valori supremi della concorrenza, dell'apertura dei mercati e dell'efficienza: perché quando accade questo, la proprietà rivela il suo volto più arcaico, di rendita di posizione, di ostacolo al libero dispiegarsi del dinamismo concorrenziale, ciò che ne giustifica, ed anzi, ne impone il sacrificio (91).

(91) Osservazioni molto interessanti al riguardo, sia pure tutte interne ad una prospettiva rigorosamente *mainstream*, sono contenute nel recente saggio di R.M. Hilty, *Individual, Multiple and Collective Ownership. What Impact on Competition?*, Max Planck Institute for Intellectual Property

Un altro caso emblematico, al quale qui si può solo accennare in ragione della grande complessità del tema, è quello dei servizi pubblici locali (SPL). Come è noto, qui la vocazione procompetitiva dell'UE si è manifestata sotto forma di un assoggettamento di questi ultimi (allorché possiedano il requisito della rilevanza economica) alla dir. 1993/36 in materia di appalti la quale, per un verso, prevede la possibilità di un *outsourcing* a favore di società a capitale interamente privato o a capitale misto e, per altro verso, impone l'adozione, ai fini della individuazione del concessionario o, comunque, del socio privato, del meccanismo della gara ad evidenza pubblica: concorrenza per il mercato, piuttosto che concorrenza nel mercato. Si tratta, dunque, di un fenomeno misto di privatizzazione/liberalizzazione (parziale, ovvero nella misura consentita dal carattere di monopolio naturale che, in genere, il SPL riveste) che, appunto, si inserisce perfettamente nelle *policy* di apertura dei mercati portate avanti dall'UE: e sebbene sia fuor

and Competition Law Research Paper Series, No. 11-04 dove la tensione immanente alla doppia regolazione — quella che, in omaggio alla teoria degli incentivi, impone la tutela giuridica delle invenzioni e delle creazioni e quella che, in omaggio alle ragioni della concorrenza, impone il ricorso alle licenze obbligatorie — è documentata con cristallina chiarezza. A titolo di curiosità (ma sarà davvero soltanto così trattandosi di un deposito di sapienza millenaria quale è la giurisprudenza rabbinica?), si può segnalare la circostanza per cui nel diritto ebraico si fronteggiano due visioni del *copyright*, la prima orientata a ravvisare in esso un *property right*, la seconda per la quale, viceversa, esso è tutelato dalle norme in materia di concorrenza sleale: N.W. Netanel, D. Nimmer, *Is Copyright Property? A Debate in Jewish Law*, The Berkeley Electronic Press, 2011, n. 1. Un ragionamento del tutto analogo vale, più in generale, in relazione alla ben nota *Essential Facility Doctrine*, la quale ricomprende sia le ipotesi, cui si è già accennato, nelle quali la proprietà/barriera all'ingresso si identifica con un diritto di proprietà intellettuale, sia le ipotesi nelle quali la proprietà/barriera all'ingresso si identifica con il controllo di un bene *hardware* (ad es, ma non soltanto, le grandi reti): in quest'ultimo caso, l'intervento correttivo (imposizione di un obbligo di contrarre) si può iscrivere nell'orizzonte della regolazione piuttosto che in quello dell'*antitrust*. Su questo v. le tre monografie di V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario* (Torino 2003), *passim*; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre* (Torino 2004), *passim* e di M. Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze* (Milano 2004), *passim*, e, da ultimo, A. Ezrachi, *Intellectual property and competition law: new frontiers* (Oxford 2011), *passim*.

di dubbio che, a partire dalla sentenza *Teckal* (92), la Corte di Giustizia non abbia mai dubitato della legittimità del c.d. affidamento *in house*, sia pure entro i limiti del « controllo analogo » (93), è altrettanto indubbio che il modello combinato *outsourcing/gara* goda del favore, neppure troppo velato, delle istituzioni comunitarie.

Eppure, come proclama solennemente l'art. 23 *bis*, co. 5, d.l. 112/2008, « ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati »; o, come in modo ancora più enfatico dichiara l'art. 144, d.lgs. 152/2006 (c.d. « Codice dell'ambiente ») « tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà. Qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale » (94). Ora, secondo il paradigma regolatorio, in linea di massima è del tutto indifferente che la gestione di un bene, di un servizio o di un'impresa venga affidato ad un soggetto pubblico o privato, poiché *performance* efficienti potranno essere garantite solo da un'adeguata pressione concorrenziale, affiancata o surrogata dalla presenza di un'autorità di controllo, eventualmente investita anche del compito di vigilare sull'osservanza degli obblighi di servizio pubblico universale (e

(92) Corte eur. giust. 18-11-1999, C-107/98, *Teckal Srl contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 1999, I-8121.

(93) Per affidamento *in house* si intende l'affidamento diretto ad una società interamente partecipata dall'ente pubblico: mentre il requisito/limite del controllo analogo ricorre, come chiarito, appunto, nel caso *Teckal*, allorché « l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano ». Sulla nozione di controllo analogo si v. la recente monografia di S. Monzani, *Controllo analogo e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali* (Milano 2009), *passim*, cui si rinvia anche per una più generale disamina della materia dei SPL.

(94) Sul punto si v. G. Caparezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche* (Napoli 2008), spec. 133 s.

quindi, in definitiva, di integrare l'efficienza con l'equità (95). In realtà, però, questa indifferenza/equivalenza è solo teorica dal momento che, a ben vedere, il soggetto pubblico titolare della risorsa primaria (ad es., l'acqua) o della rete viene fatto oggetto, di tutto principio, di una fortissima pressione politico-normativa intesa ad estorcergli comunque la privatizzazione del servizio (e questo anche in settori nei quali la separazione della proprietà dalla gestione non potrebbe mai essere prodromica all'instaurazione di un mercato concorrenziale, attesa la struttura ineliminabilmente monopolistica del servizio medesimo) (96). È chiaro, quindi, che anche qui la proprietà soccombe in nome delle superiori ragioni dell'efficienza (anche se non necessariamente della concorrenza): ed il fatto che qui a subire l'esproprio sia un soggetto pubblico contribuisce ad accentuare il carattere esemplare della vicenda, la quale segna una tappa ulteriore nel processo di sussunzione del « comune » entro l'inesorabile logica della valorizzazione del capitale.

Nella medesima prospettiva, un breve cenno merita, infine, il caso dello *squeeze-out*, da noi disciplinato all'art. 111 D.lgs. n. 57/1998 (Testo Unico dell'intermediazione finanziaria) il quale attribuisce a colui che, a seguito di un'offerta pubblica totalitaria, venga a detenere una partecipazione azionaria pari ad almeno il 95% del capitale sociale, il diritto ad acquistare il 5% residuo pagando un corrispettivo calcolato secondo i criteri di cui al precedente art. 108, co. 3, 4 e 5. È fuor di dubbio che il dispositivo in esame integri gli estremi di una misura a

(95) Tutto questo, beninteso, al netto dei problemi posti dalla negoziazione del contratto di servizio, là dove, nel caso di SPL, l'ente locale decida a favore del suo affidamento a terzi. Un efficace riepilogo della questione in A. Massarutto, *Privati dell'acqua?* (Bologna 2011), spec. 100 s.

(96) Si pensi alle innumerevoli « raccomandazioni » provenienti dai vari organismi internazionali strumenti del *Washington Consensus* (Banca Mondiale, OCSE, WTO); o, se non si vuole andare così lontano, al già menzionato art. 23 bis l. 133/2008, grazie al quale il legislatore italiano ha fatto meglio, in punto di privatizzazione dei SPL perfino della stessa UE, come illustrato, in pagine di esemplare chiarezza, da Corte cost. 17-11-2010, n. 325, Urbanistica e appalti, 2011, 48, con nota di Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*.

carattere espropriativo; ed è parimenti indubbio che anche in questa ipotesi la *ratio* ispiratrice della regola sia quella di un efficiente funzionamento dei mercati, con particolare riguardo al profilo della eliminazione delle rendite di posizione di cui potrebbero godere minoranze agguerrite e coese, con conseguente, benefico, innalzamento del tasso di contendibilità del controllo societario (97).

7. Dunque, il ritorno in auge della proprietà — diritto fondamentale non è per nulla incompatibile con la presenza, nel sistema, di regole che non soltanto istituiscono limiti esterni (come nella migliore tradizione liberale) ma si spingono sino al punto di prevedere forme di esproprio totale o parziale delle prerogative riconosciute al titolare del diritto. Come si è visto, questi fenomeni di pesante invasione della sfera del *dominium* si collegano ad un più vasto disegno di organizzazione in senso competitivo dei mercati. Naturalmente, non è la prima volta che, nella storia del capitalismo, le ragioni della proprietà vengono sacrificate sull'altare della superiore razionalità del sistema economico: basti pensare, senza dovere andare troppo lontano o troppo in profondità, alla regola « possesso vale titolo » applicata ai beni mobili o al regime circolatorio dell'azienda; così come, del resto, non è neppure la prima volta che il progetto politico-culturale delle classi dominanti si agglutina attorno all'idea della proprietà come diritto fondamentale, se non vero e proprio attributo, della persona, posto che la rivendicazione dell'assolutezza e della integrità del dominio individua la base stessa della modernità (98).

Sotto questo aspetto, così come osservato da Badiou, la fase attuale presenta forti analogie con la stagione costituente dell'egemonia borghese. Tuttavia, agli evidenti tratti di una

(97) Al riguardo v. N. Abriani, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, Giur. it., 2010, 2229-2230.

(98) Il nesso costitutivo che lega modernità e « repubblica della proprietà » è ora illustrato efficacemente da M. Hardt - A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico* (Milano 2010), 17 s. Sempre fondamentale la lettura di C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (Milano 1982), passim.

continuità iscritta nell'antagonismo di classe, si affiancano elementi altrettanto chiari di novità. In primo luogo, per quello che attiene alla *pars construens*, la differenza più vistosa discende da ciò, che mentre il fondamentalismo proprietario degli inizi ha come obiettivo l'assetto feudale dei rapporti di produzione, quello della fine XX secolo si è indirizzato contro il compromesso socialdemocratico e lo stato sociale che, come si è visto, da Weimar in poi aveva trovato nella formula secondo cui la « proprietà obbliga » una dei suoi corollari più significativi. Al riguardo, anzi, può ulteriormente osservarsi che mentre la borghesia delle origini dovette combattere la sua battaglia su due fronti (l'assolutismo regio contro il quale la proprietà venne giocata come prerogativa inviolabile della persona; l'irrazionale frammentazione del dominio *ancien regime*), quella che è stata protagonista della *revanche* liberista ha potuto concentrare i suoi sforzi sul *Welfare*, il cui dimagrimento, oltre che soddisfare un'esigenza « oggettiva » di contenimento della spesa pubblica, imposta dalla crisi fiscale dello stato, ha, in pari tempo, consentito di rinverdire la spinta energetica della proprietà nei panni dello scudo protettivo della libertà individuale insidiata da una mano pubblica dipinta come rapace ed onnivora (caso *Schröder*).

Tracce ancora più vistose di discontinuità si rinvencono sul versante delle *rationes* che ispirano le limitazioni del diritto di proprietà. Il sistema giuridico borghese ha conosciuto, infatti, una stagione nella quale il punto di equilibrio tra le ragioni della proprietà (intesa come astratto potere di ricavare da un bene tutte le utilità in esso incorporate) e quelle dell'impresa (intesa come specifica modalità di utilizzazione di un bene che viene destinato alla produzione di merci) trovò la sua espressione nella separazione dei codici che, appunto, cristallizzava la doppia anima, statica e dinamica, del dominio; una seconda stagione nella quale gli ostacoli frapposti dalla intoccabilità di quest'ultimo alla circolazione della ricchezza vengono neutralizzati attraverso la c.d. commercializzazione del diritto privato; una terza stagione, quella odierna, nella quale il primato della componente dinamico-produttiva della proprietà si traduce in una serie di vincoli a carico essenzialmente della proprietà intellettuale. In sostanza, se da un lato la consacrazione della proprietà è un passaggio fondamentale della

instaurazione dell'ordine giuridico ed economico del capitale, dall'altro lato questo imprescindibile tributo alle ragioni del dominio crea rigidità incompatibili con il funzionamento di un sistema imperniato su una produzione ed uno scambio di merci tendenzialmente sganciata dal soddisfacimento dei bisogni (99).

Oggi la storia si ripete. La solenne assimilazione della proprietà intellettuale alla proprietà *tout court* ha il valore di un pieno riconoscimento del prevalente carattere immateriale assunto dalla ricchezza del terzo capitalismo (esattamente come la glorificazione della proprietà protoborghese tradusse fedelmente il primato della ricchezza fondiaria ed il ruolo determinante svolto dalle *enclosures* nella fase dell'accumulazione primitiva) (100). Tuttavia, oggi come allora, si verifica un cortocircuito su scala sistemica, una nuova strozzatura che, però, minaccia non l'efficienza del regime circolatorio, ma l'efficienza della concorrenza: da qui l'imposizione per via giudiziale di licenze obbligatorie il cui scopo è quello di impedire che l'attribuzione dell'esclusiva produca effetti contraddittori rispetto alla stessa ragion d'essere dei diritti di proprietà intellettuale.

Insomma, la proprietà ha sempre svolto una funzione sociale al servizio di quella che, a seconda della fase storica, in-

(99) Il residuo precapitalistico ed arcaico immanente alla proprietà era ben chiaro al giovane Marx per il quale « la proprietà fondiaria, nella sua distinzione dal capitalismo, è la proprietà privata, il capitale ancor gravato da pregiudizi *locali* e politici, non ancor ritornato completamente a sé dopo essersi impigliato nel mondo, il capitale che *non ha ancora raggiunto il proprio compimento*. Esso deve giungere nel corso della sua *formazione universale* alla sua espressione astratta, cioè *pura* » (K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici del 1844* (Torino 1975), 97; corsivi di Marx). V. pure K. Marx, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in *Opere giovanili* (Roma 1977), 114-116.

(100) Le politiche iperprotezionistiche di cui hanno beneficiato i diritti di proprietà intellettuale e, segnatamente, il *copyright*, individuano la modalità attraverso la quale si è realizzata, nella presente stagione del dominio borghese, la nuova accumulazione di capitale resa necessaria dalla nuova forma di ricchezza (appunto, immateriale). Può essere interessante rilevare come, nel dibattito marxista contemporaneo, sia emersa tra gli studiosi l'idea che l'accumulazione originaria riappare costantemente e coesiste con la produzione capitalistica: v., ancora, Hardt-Negri, *Comune* cit., 144.

dividuava la *super ratio* dell'assetto capitalistico (101). Attualmente, questa autentica *Grundnorm* riposa sulla concorrenza, ovvero sulla creazione di un ambiente normativo-istituzionale in cui l'esercizio della libertà di impresa si traduca in un aumento del benessere della collettività apprezzabile sotto un triplice profilo: spinta verso una costante innovazione tecnologica, spinta verso un costante ampliamento della gamma e della qualità dei beni e dei servizi offerti al consumatore finale, spinta verso un costante decremento del prezzo di quei medesimi beni o servizi (102).

Il primato del paradigma della concorrenza trova un'espressione vistosa nelle *policy* consumeristiche perseguite in modo ossessivo dall'UE negli ultimi vent'anni. Non è su questo aspetto che mi interessa, ora, richiamare l'attenzione, quanto, piuttosto, sul significato che, dal punto di vista di una interpretazione generale dell'odierno ciclo di dominio del capitale, spetta all'istituto della proprietà, chiamato, ora, come si è visto, ad un ruolo di primo piano nella manovra di destruttu-

(101) Da questo punto di vista è impossibile dare torto a M. Jaeger, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2011, 349 ss. quando scrive che « il diritto di proprietà trova una sua tutela nell'ambito dell'UE. Tale tutela non è assoluta ma relativa, nel senso che essa si realizza nel bilanciamento con gli interessi generali. Naturalmente, la natura finalistica dell'UE fa sì che tali interessi siano quelli legati agli obiettivi dell'integrazione » (364). Anzi, dirò di più: non è neppure del tutto corretto parlare del diritto di proprietà (nella sua versione protoliberal o nella sua attuale versione europea) come di un diritto di impronta individualistica perché esso, in realtà, è sempre stato oggetto di un bilanciamento con interessi altri. Il punto, naturalmente, è di vedere con che cosa il diritto di proprietà viene bilanciato: oggi, come l'altro ieri, « la tutela della proprietà significa sostanzialmente bilanciamento tra gli interessi generali e quelli delle imprese, un bilanciamento da perseguire in ottica prettamente comunitaria » (351-352). Dunque, un bilanciamento che torna ad essere tutto interno all'ordine dei valori di mercato, mentre la funzione sociale weimariana aveva aperto la strada ad un bilanciamento tra interessi eterogenei.

(102) In realtà, in un sistema ad economia di mercato, l'innovazione tecnologica dovrebbe incorporare gli altri due benefici indicati nel testo, la cui esplicita menzione, pertanto, risponde solo ad un'esigenza di chiarezza. Sulla concorrenza come *super ratio* del terzo capitalismo rinvio a L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato* (Napoli 2010), spec. 77 s.

razione del compromesso socialdemocratico, ora a subire le interferenze anche molto pesanti imposte dalla *super ratio* concorrenziale. Nel primo caso, appunto, la proprietà è tutta interna ad una strategia di tipo controriformistico che ha come obiettivo un drastico ridimensionamento del *Welfare*, il quale passa anche attraverso la definitiva archiviazione della funzione sociale weimariana. Quest'ultima, infatti, riproduceva, sulla scala dei rapporti interprivati, il compromesso tra interessi dei dominanti ed interessi dei subalterni su cui poggiava l'intero edificio dello stato sociale: la stessa idea, e la pratica, di una tassazione progressiva destinata a finanziare, attraverso la fiscalità generale, prestazioni destinate a soddisfare bisogni primari che, per i subalterni, non avrebbero potuto essere soddisfatti altrimenti, rappresentava il punto di congiunzione tra funzione sociale e stato sociale. *Simul stabunt, simul cadent*: ed è ciò che, a mio avviso, emerge in modo lampante dalla rassegna proposta nelle pagine che precedono.

Tuttavia, seguendo un movimento che attraversa per intero il tempo storico della società borghese, la fase attuale, caratterizzata da una innegabile spinta all'esclusione dei subalterni, alla loro « disassimilazione », dopo la relativamente lunga parentesi « assimilativa » dell'*embedded capitalism*, non è mera regressione, non è un secco ritorno al passato: e ciò perché, fin dal suo avvento, il dominio capitalistico non si è mai manifestato sotto forma di pura coercizione, affiancando a quest'ultimo l'imprescindibile ingrediente del consenso delle altre classi, si trattasse, per il periodo 1815-1870, dei gruppi sociali rivenienti dall'*ancien regime*, e, successivamente, della classe operaia.

Nella ricchissima griglia concettuale elaborata da Gramsci, di cui il discorso che sto sviluppando è, come ovvio, tributario, il carattere strutturalmente egemonico del dominio borghese (misto di coercizione e consenso) trova un peculiare complemento nella nozione, tanto fertile, quanto complessa, di « rivoluzione passiva » (103). Gramsci la recupera da Vincenzo

(103) In una letteratura sterminata, si segnala per un'approfondita indagine svolta a ridosso della tormentata tessitura testuale e concettuale di Gramsci, A. Burgio, *Gramsci storico. Una lettura dei « Quaderni dal carcere »* (Roma-Bari 2002), spec. I capp. VI-VII.

Cuoco anche se « in un senso un po' diverso da quello che Cuoco vuole dire » (104), facendone, fondamentalmente, un canone di interpretazione storiografica (105) il cui campo elettivo d'applicazione è il Risorgimento italiano, con particolare riguardo al ruolo svolto dai moderati in rapporto al Partito d'Azione, e, più in generale, la Restaurazione (106). Il nucleo cognitivamente interessante della categoria, che ricorre in diversi luoghi dei « Quaderni » individuando un punto di nitida solidificazione del pensiero gramsciano, è rappresentato dall'idea che attraverso una rivoluzione passiva le classi dirigenti accolgono una parte delle istanze dei ceti che, a seconda della fase storica, si presentano sulla scena come potenzialmente antagonisti, in pari tempo evitando, così, di dare corso a riforme autentiche, in grado di mutare strutturalmente gli equilibri dati (ad es., nel caso del Risorgimento, la riforma agraria). Ma v'è di più. Nella rivoluzione passiva è sempre presente, anche, un robusto elemento di razionalizzazione/stabilizzazione del sistema, grazie al quale quest'ultimo riesce a superare le sue crisi endemiche e, in pari tempo, a non smarrire quella vocazione inclusiva che, come osservavo più sopra, è tipica del dominio borghese. Emblematico, al riguardo, è proprio il giudizio sul fascismo che, agli occhi di Gramsci, nonostante tutta la sua carica di arcaica violenza, ancora una volta non è pura e semplice regressione ad un passato premoderno perché con esso « si avrebbe una rivoluzione passiva nel fatto che per l'intervento legislativo dello Stato e attraverso l'organizzazione corporativa, nella struttura economica del paese verrebbero introdotte modificazioni più o meno profonde per accentuare l'elemento « piano di produzione », verrebbe accentuata cioè la socializzazione e cooperazione della produzione senza per ciò toccare (o limitandosi solo a regolare e controllare) l'appropriazione individuale e di gruppo del profitto » (107).

In questa prospettiva, forti sono le analogie con il fordismo

(104) A. Gramsci, *Quaderni dal carcere* (Torino 1975), 2010.

(105) Gramsci, *Quaderni* cit. 1822.

(106) Gramsci, *Quaderni* cit., spec. 1766, 1781, 2010.

(107) Gramsci, *Quaderni* cit., 1228.

smo il quale incarna, ai suoi occhi, la modalità alternativa al fascismo sperimentata dai dominanti come risposta alla crisi organica scatenata dalla prima guerra mondiale (108). L'analisi, acutissima, di entrambi i fenomeni coglie nella sua genesi l'onda lunga della stabilizzazione capitalistica che, attraverso il binomio intervento pubblico in economia — *Welfare*, caratterizzerà, sia pure con modalità diverse a seconda dei tempi e dei luoghi, la parte centrale del XX secolo. A partire dall'inizio degli anni '70, messo in crisi dallo *shock* petrolifero, dalle rivendicazioni salariali di un lavoro subordinato sempre meno sensibile alle istanze di compatibilità generale del sistema, da una crescita costante della spesa pubblica e, per conseguenza, della pressione fiscale, e poi, in prosieguo di tempo, dalla globalizzazione della competizione, il capitalismo occidentale ha lanciato una fortissima controffensiva che ha avuto come bersagli (tutti centrati) i capisaldi sui quali si reggeva il compromesso socialdemocratico (109).

Tuttavia, appunto, sarebbe un errore descrivere la vicenda appena evocata come un puro e semplice ritorno all'800 (sicché, sotto questo riguardo, il giudizio di Badiou non può essere condiviso fino in fondo). Infatti, il ripristino del comando capitalistico incorpora una quota rilevante di « rivoluzione passiva » che trova la sua espressione più chiara nel progetto di concorrenza totale, ossia di costruzione di un mercato ad altissima densità competitiva, in grado di assicurare il raggiungimento permanente dei tre obiettivi indicati più sopra (innovazione tecnologica, ampliamento della gamma e della qualità dei beni e dei servizi offerti al consumatore finale, costante decremento del prezzo di quei medesimi beni o servizi) (110). In

(108) Gramsci dedica all'analisi del fordismo l'intero quaderno 22 (Gramsci, *Quaderni* cit., 2137 s.). Su analogie e differenze tra fascismo e fordismo, v. Burgio, *Gramsci storico* cit., 211 s.

(109) Una sintesi anche letterariamente felice del « prima » e del « dopo » offre il libro di T. Judt, *Guasto è il mondo* (Roma-Bari 2010), spec. 33-60.

(110) Il progetto di concorrenza totale di cui parlo nel testo, come tutte le rivoluzioni passive che si rispettino, è, in primo luogo, servente rispetto agli interessi dei dominanti. In particolare esso rappresenta la risposta alla ennesima fase di « *strukturelle Überakkumulation* » (R. Kurz, *Das*

questa prospettiva un rilievo del tutto particolare spetta proprio alle politiche di tutela del consumatore le quali, sulla scala della singola relazione contrattuale, si propongono di riequilibrare l'asimmetria informativa che condannerebbe il soggetto debole a subire l'estorsione monopolistica; sulla scala sistemica, a portare l'asticella della competizione il più in alto possibile bonificando il mercato da tutte le rendite di posizione assicurate dallo squilibrio di potere.

Insomma, sempre meno diritti sociali, sempre meno diritti del lavoro, ma, in compenso, sempre più concorrenza e, in pari tempo, sempre più diritti del consumatore e, più in generale, sempre più regolazione. Sono questi gli ingredienti di cui si compone il modello europeo di economia sociale di mercato che, se per un verso, restituisce lo scettro all'impresa e al profitto, negando in radice e programmaticamente, la pensabilità stessa di interessi antagonistici, per altro verso recupera, dalla stagione precedente, l'idea che buone *performance* del sistema richiedano una qualche forma di disciplinamento delle attività economiche. A differenza, però, di quello che accadeva nel capitalismo.², nel capitalismo.³ tale disciplinamento veste i panni non dell'intervento diretto ma, appunto, della regolazione e, inoltre, si coagula attorno all'obiettivo della concorrenza totale, tendenzialmente in grado di includere (e ridurre) tutto il corpo sociale dentro l'orizzonte del consumo di merci sempre più ricche di tecnologia, sempre più belle e nuove e sempre più accessibili (111).

8. Concludo. La funzione sociale della proprietà non è tramontata, è semplicemente tornata ad indossare i panni

Weltkapital. Globalisierung und innere Schranken des modernen warenproduzierenden Systems (Berlin 2005), 223 s.) in cui è entrato il capitalismo, drammaticamente accentuata dagli effetti contestuali della compressione dei salari (a cui si è cercato di porre rimedio con il credito facile ed i *subprime*) e dalla distruzione dello stato sociale il quale, storicamente, aveva rappresentato una modalità di integrazione, diretta o indiretta, dei redditi dei subalterni.

(111) Il capitalismo.² coincide, grosso modo, con la fase del compromesso socialdemocratico; il capitalismo.³ con quella della *revanche* neoliberistica: Nívarra, *Diritto e capitalismo* cit., 24 s.

della regola di coesistenza tra interessi tutti interni al blocco sociale dominante (112). Sotto questo profilo, il caso della proprietà intellettuale è davvero paradigmatico: per un verso, la sua solenne assimilazione alla proprietà *tout court*, unitamente alla sua enorme dilatazione ed iperprotezione, denotano la sua ascesa al rango di forma di ricchezza prevalente e, al contempo, ne consacrano il ruolo di potente modalità di accumulazione del capitale ai danni di beni comuni quali la conoscenza e l'informazione. Per altro verso, le limitazioni alle quali essa, come si è visto, soggiace, sono funzionali ad un disegno politico mosso dall'obiettivo di istaurare la concorrenza totale: per i benefici che promette alla generalità dei consumatori e per i poteri di cui munisce questi ultimi, tale disegno politico rappresenta l'ultima epifania della vocazione egemonica del dominio capitalistico che, a partire dalla liberazione della forza lavoro dai vincoli feudali e dalla perentoria affermazione del principio di eguaglianza formale, non è mai stato coercizione pura ma ha sempre provato ad assimilare, almeno in parte e secondo uno ordine rigorosamente gerarchico, anche gli interessi dei subalterni.

ABSTRACT

The European Right of Ownership between counter-reform and "passive revolution"

The A. examines the decisions of the Constitutional Court in the matter of ownership's expropriation and occupation, underlining the changes of interpretation due to the influence of the European Law. He analyzes how the right of ownership started to be regulated in the European juridical system and, particularly, its inclusion in the

(112) L'omogeneizzazione degli interessi bilanciati attraverso il medio della funzione sociale è un chiaro indice della scomparsa del conflitto novecentesco (fenomeno sul quale si vedano le sintetiche osservazioni di P. Bevilacqua, *Il grande saccheggio* (Roma-Bari 2011), 83 s.) e della sua sostituzione con sistemi di *governance* (le istituzioni tradizionali, ivi inclusa la giurisdizione, affiancate da istituzioni, per lo più sovranazionali, di conio più recente, oltre che da alcuni meccanismi extrapolitici come, ad es., l'arbitrato) per intero nelle mani delle *élite* dominanti.

CDFUE. Then, he explores the European Court of Justice's interpretation about the right of ownership, the limitations and the contradictions. He concludes with a general consideration about the right of ownership and the social function it plays in the European Law.